Die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel im schweizerischen Obligationenrecht

unter vergleichender Berücksichtigung der Kodifikationen des 19. Jahrhunderts und besonders des B. G. B.

Inauguraldissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der

Albert-Ludwigs-Universität

zu

Freiburg i. Br.,

vorgelegt von

Alfons O. Stehle

aus Freiburg i. Br.

1933.

Druck: Handelsdruckerei C. Trute, Quakenbrück i. H.

Referent: Prof. Dr. A. B. Schwarz.

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner Mutter.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 1

I. Abschnitt: Dogmengeschichtliche Grundlegung . . . 4

1. Kapitel. Allgemeine Entwicklung der Haftungsgrundsätze.
I. Allgemeines 4
II. Das römisch-rechtliche Eviktionsprinzip 5
III. Die Haftungssysteme der Kodifikationen des 19. Jahrhunderts 6
1. Codex Max. Bav. 7
2. Sächsisches BGB. 8
3. Österreichisches ABGB. 8
4. Preußisches ALR. 9
5. Code civil 11
6. Züricher Privatrechtliches GB. 14
7. Dresdener Entwurf 15
IV. Das Rechtsverschaffungsprinzip des BGB. 15
V. Rückwirkung auf das französische und österreichische Recht 20

2. Kapitel. Die Entwicklung der Haftung im schweizerischen Recht.
I. aOR. von 1881 22
II. revOR. von 1911 24

II. Abschnitt: Dogmatische Ausführung 29

3. Kapitel. Wesen und Umfang der Haftung 29

4. Kapitel. Inhalt der Haftung 34
I. Verhältnis der Rechtsgewährleistung zu den Normen über Nichterfüllung 34
II. Die einzelnen Rechtsbehelfe des Käufers 40
1. Einrede des nichterfüllten Vertrages 40
2. Schadensersatzanspruch nach Art. 195 42
3. Schadensersatzanspruch nach Art. 196 46
4. Anspruch auf Erfüllung nach Art. 97 ff. . . . 48

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543125_0076

Literatur.

Aubry et Rau, Cours de droit civil français 1907.

Bader, Eigentumsverschaffungspflicht und Gewährleistung des veräußerten Rechtes beim Kauf, SJZ. 20, S. 306 ff.

Baudry-Lacantinerie, De la vente et de l'échange 1900.

Bechmann, Der Kauf nach gem. Recht Bd. III, 2. Hälfte 1908.

Becker, Kommentar zum schweiz. OR. (Bd. VI Komm. Gmür zum ZGB.) 1913 (abgek. Becker).

Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurf betr. die Ergänzung des schweiz. ZGB. durch Anfügung des OR. vom 3. III. 1905.

Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung betr. die Revision des OR. vom 1. VI. 1909.

Bluntschli, Das züricherische OR. 1855.

Burckhardt, Die Revision des schweizerischen OR. in Hinblick auf das Schadensersatzrecht, ZschwR. 22, 469 ff.

Colin-Capitant, Cours élémentaire de droit civil français 4. éd. 1924.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürg. Rechtes 1900.

Crome, System des deutschen bürg. Rechtes 1902.

Dernburg, Das OR. Preußens und des Reichs 4. Aufl. 1879.

Denkschrift zum Entwurf eine BG. 1896.

Düringer-Hachenburg, Das HGB. 2. Aufl. 1913.

Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung des Eigenthums nach röm. und gem. deutschen Recht 1874.

Ehrenzweig, System des österr. allgem. Privatrechts Bd. II, 1. Hälfte 1928.

Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearbeitung von Lehmann 1930.

Eugster, Die Entstehung des schweiz. OR. vom Jahre 1881, Diss. Zürich 1926.

Fick, Kommentar zum schweiz. OR. 1. Aufl. 1911.
Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts 8. Aufl. 1928.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht 6. Aufl. 1892.
Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. III 1917.
Girard, Geschichte und System des röm. Rechtes 1908.
Grützmann, Lehrbuch des sächsischen Privatrechts Bd. II. 1889.
Haberstich, Handbuch des schweizerischen OR. 1885.
Hafner, Kommentar zum schweizerischen OR. 1905.
Hasenöhrl, Das österreichische OR. 1. Aufl. 1890.
Heinsheimer, Die Zivilgesetze der Gegenwart, 1932, Bd. I, Frankreich, code civil.
Huber, Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung nach schweiz. Beitreibungsrecht, ZschwR. 24, S. 81 ff.
Hübner, Deutsches Privatrecht 4. Aufl. 1930.
Huc, Commentaire du code civil Bd. X 1897.
Koch, Kommentar zum preuß. ALR. 7. Aufl. 1878.
Krainz, System des österr. allgem. Privatrechts (herausgegeben von Pfaff) 1889.
Kreittmayr, Kommentar zum Bayr. Landrecht 1844.
Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB. 1931.
Liechti, Rechtsgewährleistung und Entwehrung im schweiz. OR. Diss. Bern 1927.
Marcadé, Explication du code Napoléon 5. éd. 1855.
Martin, Des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation ZschwR. 33, S. 67 ff.
Motive zum Entwurf eines BG. 1888.
Oser, Kommentar zum schweiz. OR. 1. Aufl. 1915, 2. Aufl. 1929 ff. (abgek. Oser).
Oertmann, Kommentar zum BGB., Schuldverhältnisse 3./4. Aufl. 1910.
Planck-Siber, Kommentar zum BGB., Schuldverhältnisse 4. Aufl. Allg. Teil 1914, Bes. Teil 1928.
Planiol, Traité élémentaire de droit civil Bd. II 6. Aufl. 1912.
à Porta, Die Haftung des Verkäufers einer fremden Sache, Diss. Zürich 1890.
Protokolle der II. (BGB.) Kommission 1897/1899.
Protokolle, der großen Expertenkommission zur Beratung des OR. mit Tagung in Bern von Mai 1908 bis Mai 1909.
Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte, 1902 (abgek. Rabel).

Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl. 1931

Rossel, Manuel du droit fédéeral des obligations, 1. Aufl. 1892, 4. Aufl. 1920.

Schlegelberger, Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht, Bd. IV 1933, Stichwort: Kaufvertrag S. 722 ff.

Schlossmann, Anspruch, Klage, Urtheil und Zwangsvollstreckung auf Herbeiführung eines Rechtserfolges Iherings Jahrb. 45, S. 97 ff.

Schneider-Fick, Das schweiz. OR., 2. Aufl. 1883.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis 1903.

Siber, Römisches Recht 1928.

Siber, Schuldrecht 1931.

Simonius, Über den Ersatz des „aus dem Dahinfallen des Vertrages" erwachsenden Schadens ZschwR. n. F. 37, S. 255 ff.

Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. II Schuldverhältnisse 9. Aufl. 1928/1930.

Süß, Wesen und Rechtsgründe der Gewährleistung für Sachmängel 1931.

Temme, Lehrbuch des preußischen Civilrechts 1846.

Windscheid, Pandekten 9. Aufl. 1906.

v. Tuhr, Allgemeiner Teil des schweiz. OR. 1924, (abgek. v. Tuhr).

v. Tuhr, Streifzüge im rev. OR. SJZ. 18, S. 365 ff.

Zachariae, Handbuch des französischen Civilrechts 1. Aufl. 1837, 8. Auflage 1894 (herausgegeben von Crome).

Einleitung.

Die Regelung der Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel des verkauften Objektes im schweizerischen OR. ist in einem wesentlichen Punkte unsicher und zweifelhaft, und zwar bezüglich des Verhältnisses des Art. 184 zu den Bestimmungen in den Art. 192—196. Im Art. 184 wird der Verkäufer durch den Abschluß des Kaufvertrages verpflichtet, „dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum nicht verschaffen". Was geschieht nun, wenn das Eigentum nicht verschafft worden ist? Da die Eigentumsverschaffungspflicht ausdrücklich normiert wurde, ist man geneigt, den Verkäufer für jeden Verstoß gegen diese Pflicht haften zu lassen, also allein schon auf Grund der Tatsache des nichtverschafften Rechtes. Eine ausdrückliche derartige Bestimmung findet sich indessen im OR. nicht. In Art. 192—196 wird unter der Randmarginale „Gewährleistung des veräußerten Rechtes" die Haftung des Verkäufers nur für den Fall geregelt, daß die Übergabe einer rechtsmangelhaften Sache zu deren Eviktion oder zu einem eviktionsähnlichen Tatbestand geführt hat. Die Rechtsmängelhaftung schließt aber sehr viel mehr Tatbestände in sich, als nur die durch Eviktion bedingten. Schon das Anbieten einer rechtsmangelhaften Sache verstößt gegen die Leistungspflicht des Verkäufers. Aber solche Bestimmungen berechtigen den Käufer dazu, in diesem Falle die Annahme des Kaufgegenstandes zu verweigern? Welche Rechtsbehelfe stehen ihm zu, wenn sich die Rechtsmangelhaftigkeit erst nach der Übergabe herausstellt, ohne daß es zu einer Eviktion kommt? Oder wenn er auf Grund der rechtsmangelhaften Lieferung Schaden erlitten hat, der nicht durch Eviktion verursacht worden ist? Muß er eine rechtsmangelhafte Sache bis zu ihrem Entzug behalten oder ist ihm die Möglichkeit gegeben, schon vorher aus dem Vertrag auszutreten? Kann er umgekehrt den Veräußerer zur nachträglichen Rechtsverschaffung anhalten, wenn er am Behaltenkönnen der Sache interessiert ist?

Alle diese Fragen lassen die Rechtsgewährleistungsvorschriften des OR. unbeantwortet. Das völlige Schweigen hierüber und die Tatsache der ausführlichen Regelung der durch Eviktion be-

dingten Tatbestände, gibt Veranlassung, das Verhältnis zwischen Art. 184 und 192 ff. unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten zu betrachten. Entweder liegt ein direkter Widerspruch im Gesetz vor, indem der Inhalt der Haftung dem in Art. 184 zu weit festgesetzten Rahmen nicht entspricht. Oder aber es handelt sich um eine nicht erschöpfende Regelung im Gesetz. Dann nämlich, wenn man annimmt, der Gesetzgeber habe in Art. 192—196 nur einen Teil der Haftung speziell geregelt und in diesem Abschnitt nicht alle sich aus der allgemeinen Rechtsverschaffungspflicht des Art. 184 sich ergebenden Folgerungen ausdrücklich gezogen. Das Problem in letzterem Sinne zu klären ist Ziel der nachfolgenden Untersuchung. Denn unter „Gewährleistung des veräußerten Rechtes" allein die durch Eviktion bedingte Haftung zu berücksichtigen, ist ein Symptom des auf das römische Recht zurückgehenden Haftungssystems („Eviktionsprinzip", vgl. unten S. 17 A. 49), welches in der Rechtsentwicklung des späteren 19. Jahrhunderts und dessen privatrechtlichen Gesetzbüchern grundsätzlich dem Rechtsverschaffungsprinzip gewichen ist. Das alte schweizerische Obligationenrecht v. Jahre 1881 verpflichtete den Verkäufer in Art 229 nur „dem Käufer den Kaufgegenstand zu vollem Rechte und Genusse zu übergeben, (im französischen Text hieß es freilich bereits „à transférer à l'acheteur la propriété et la jouissance d'une chose) und die Einzelbestimmungen der Artt. 235 bis 242 bezogen sich ausschließlich auf den Eviktionsfall. Das revidierte Obligationenrecht hat sich in Art. 184 grundsätzlich ganz auf den Standpunkt der Rechtsverschaffungspflicht gestellt, ohne daß die Einzelbestimmungen der veränderten Rechtsanschauung konsequent angepaßt wären [1]). Deshalb wird im Anschluß an eine Erörterung der verschiedenen Entwicklungsphasen der Rechtsmängelhaftung der Versuch gemacht werden, den im Gesetz unerwähnt gebliebenen Teil der Haftung in Weiterentwicklung der in Art. 192 ff. ausgesprochenen Grundsätze und unter Berücksichtigung der allgemeinen Vertragsbestimmungen über Nichterfüllung dogmatisch festzusetzen.

Für einen deutschen Juristen ist die Bearbeitung dieser Aufgabe deshalb interessant, weil enge Beziehungen und wechselseitige Beeinflussung zwischen der deutschen und der schweizerischen Privatrechtswissenschaft sowie der Gesetzgebung bestehen. Das BGB. wie das OR. sind im wesentlichen auf derselben Grundlage aufgebaut, vor allem auf dem Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse aus dem Jahre 1866. Darin sind nicht nur die partikularrechtlichen Kodifikationen und die gemeinrechtliche Literatur verwertet, sondern auch Rechtsgedanken aus dem österreichischen a. BGB., dem Code civil und

[1]) Die weiteren positiven Aenderungen des Gesetzes s. unten S. 26.

dem Züricher privatrechtlichen Gesetzbuch. Der Einfluß der letzteren drei Gesetzbücher im Dresdener Entwurf brachte es mit sich, daß dieser bei Abfassung des a. OR. vorzugsweise benutzt wurde [2]). Andererseits wurde auch wieder dem alten schweizerischen OR. beim Zustandekommen des deutschen BGB. größte Aufmerksamkeit entgegengebracht. Ferner und vor allem hat die Revision des a. OR., die den heute geltenden Gesetzestext des rev. OR. zur Folge hatte, hauptsächlich den Zweck gehabt, das schweizerische Obligationenrecht den Entrichtungen der Zeit anzupassen, wobei insbesondere das deutsche BGB. Berücksichtigung gefunden hat. Dies kommt in den Materialien deutlich zum Ausdruck. In der Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung [3]) heißt es ausdrücklich: 'Durch das BGB. ist dem Obligationenrecht im allgemeinen eine neue Gestalt verliehen worden, die ganz unzweifelhaft auf die Wissenschaft und die Rechtsprechung einen steigenden Einfluß gewinnen wird . . . Wir hätten an sich alle Veranlassung uns aus dem geltenden deutschen Recht nach der materiellen wissenschaftlichen Richtung hin dem OR. die Gestalt zu geben, die dem heutigen Stand der Doktrin entspricht. Wir fanden es aber empfehlenswerter, von einer völligen Umgestaltung des gesamten Obligationen-Rechts abzusehen, sich mit seinen Unvollkommenheiten im großen und ganzen weiter abzufinden, gestützt darauf, daß es der Rechtspflege in seiner schlichten Sprache und verständigen Ordnung der Institute genügend Anhaltspunkte gibt, da zu helfen, wo dem Gesetzestext geholfen werden muß".

Damit ist wohl das Bestreben gerechtfertigt, bei der Ergänzung der in Frage stehenden Lücke des OR. vor allem die Rechtsmängelhaftung des BGB. vergleichend zu berücksichtigen. Dies um so mehr, als die Lösung des Problems sehr erschwert wird durch die Spärlichkeit der Gesetzesmaterialien und gerichtlichen Entscheide sowie das Schweigen der schweizerischen Kommentare. Auch in der übrigen Literatur finden sich nur zwei Arbeiten [4]) in denen diese Unsicherheit im OR. Erörterung findet. Hierbei haben sich aber beide Autoren darauf beschränkt, die Lücke im Gesetz aufzuzeigen und aus rechtspolitischen Erwägungen heraus Lösungen zu geben, deren Richtigkeit indessen zugestandenermaßen wieder von dem nicht näher erforschten und deshalb problematischen Willen des Gesetzgebers abhängt.

---

[2]) Eugster, Die Entstehung des schweizerischen O. R. vom Jahre 1883, Züricher Diss. 1926.

[3]) Botschaft des Bundesrats vom 3. 3. 1905, S. 5 ff.

[4]) Bader, Eigentumsverschaffungspflicht und Gewährleistung des veräußerten Rechtes beim Kauf S. J. Z. 20, S. 306 ff. Liechti, Rechtsgewährleistung und Entwehrung im schweizerischen O. R. Diss. Bern, 1928, S. 19 ff.

I. Abschnitt:
Dogmengeschichtliche Grundlegung.

1. Kapitel: Allgemeine Entwicklung der Haftungsgrundsätze.

I. Der Kauf bezweckt den Austausch von Ware gegen Geld. Deshalb werden durch den Abschluß des Kaufvertrages vor allem Leistungsverpflichtungen der Kontrahenten begründet, und zwar wird der Verkäufer zur Übergabe des Kaufobjektes und der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises angehalten. Mit diesen beiderseitigen Leistungen ist aber dem Zweck des Kaufs noch nicht vollständig genügt. Insbesonders erwartet der Käufer als Äquivalent des Kaufpreises nicht nur den materiellen Übergang des Kaufobjektes aus der Machtsphäre des Verkäufers in seine eigene, sondern auch die Gewißheit des dauernden, ungestörten Besitzes und der ungehemmten Verwertungsmöglichkeit. Dem entspricht in den modernen Rechtsordnungen die Verpflichtung des Verkäufers, den Kaufgegenstand zu übertragen und dem Käufer das uneingeschränkte Eigentum daran zu verschaffen. Damit ist erreicht, daß der Verkäufer für Nichtverschaffung des Eigentums und sonstige Rechtsmängel schon dann haftet, wenn er das Kaufobjekt übergibt, ohne gleichzeitig das Eigentum daran zu übertragen und etwaige Belastungen zu beseitigen. Derartige Normen finden sich indessen erst in der Gesetzgebung der neuesten Zeit. Namentlich das römische Recht und die auf ihnen fussenden Rechtssysteme begnügten sich damit, den Veräußerer zur Besitzübertragung und zum Ersatz des Schadens zu verpflichten, der den Erwerber infolge des Besitzentzugs durch einen besser-berechtigten Dritten traf. Erst die großen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts lassen diesen Standpunkt gegenüber eine intensivere Haftung des Verkäufers erkennen. Es sollen hier zum Zwecke des Überblicks drei Haupttypen der Haftung des Verkäufers wegen Rechtsmängel auseinandergehalten werden:

1. Geltung des römisch rechtlichen Eviktionsprinzips. Die Haftung des Verkäufers geht nicht auf Übertragung des

Eigentums, sondern auf ungestörten Besitz und umfaßt nur den durch Eviktion hervorgerufenen Schaden. Dieses Prinzip galt im römisch-gemeinen Recht und in einzelnen Gesetzbüchern der Neuzeit.

2. Geltung des Rechtsverschaffungsprinzips. Der Verkäufer haftet dafür, daß der Käufer uneingeschränkter Eigentümer des Kaufobjektes wird. Der Käufer kann ihn zur Eigentumsverschaffung anhalten, und für den Fall der Nichtverschaffung, der verspäteten Eigentumsverschaffung oder der Belastung der Sache mit dinglichen Rechten Dritter entweder aus dem Vertrag ausscheiden oder Schadensersatz verlangen. Dieses Prinzip hat sich namentlich im BGB. durchgesetzt.
3. Dazwischen liegen die Kodifikationen des 18. u. 19. Jahrhunderts, deren Haftungssysteme verschiedenartige Synthesen dieser beiden Prinzipien darstellen.

II. Die Haftung des Verkäufers auf Grund des Eviktionsprinzipes entstammt dem römischen Recht. In Rom war der Verkäufer verpflichtet, die Sache zu tradieren und für den ungestörten Besitz einzustehen. Es fehlte also vor allem die Verpflichtung, den Käufer zum Eigentümer des Kaufobjektes zu machen. Der praktische Zweck des Kaufs war freilich in Rom kein anderer als anderwärts. Die Absicht des Käufers ging auch dort dahin, das Kaufobjekt derart übertragen zu bekommen, um wie ein Eigentümer darüber verfügen zu können[1]). Wenn die Römer diesen Zweck nicht in Gestalt einer Eigentumsverschaffungspflicht konstruierten, so liegen die Gründe hierfür im Fehlen eines Rechtsbegriffes, der die verschiedenen Formen des Eigentums, das ‚römische, das peregrine und das Provinzialeigentum in sich vereinigt hätte“[2]). Deshalb hätte die Aufstellung einer Eigentumsverschaffungspflicht die wichtigste Funktion des Kaufes stark beschränkt, derzufolge jedermann daran teilhaben und sie sich auf alle Güter erstrecken soll. Denn einerseits war es z. B. Fremden nicht möglich, quiritisches Eigentum zu erwerben und andererseits konnten Provinzialgüter lange Zeit nur Objekt des bonitarischen Eigentums sein[3]). Infolgedessen verpflichtete man den Verkäufer nicht zu einem „dare“, nämlich den Käufer zum Eigentümer zu machen, sondern er mußte vacuam possessionem tradere und daneben dafür haften, ut emtori rem habere liceret. Dies bedeutete ein Einstehenmüssen, daß der Erwerber nicht durch An-

---

[1]) Girard, Geschichte und System des röm. Rechtes, S. 596.

[2]) Eck, Die Verpfl. des Käufers z. Gewährleistung des Eigentums, S. 2, ebenso Rabel, Die Haftung des V. wegen Mangels im Recht, S. 5 ff.; a. A. Bechmann, Der Kauf nach gem. Recht, Bd. 3, 2. Hälfte, S. 43 ff.

[3]) Girard, a. a. O. S. 597.

sprüche Dritter gestört würde. Diese Haftung konnte aber grundsätzlich erst dann geltend gemacht werden, wenn dem Erwerber der Besitz des Kaufobjektes durch richterliches Urteil abgestritten worden war. Nur der Verkäufer einer res mancipi war verpflichtet, diese zu manzipieren oder in iure zu zedieren, wodurch der Erwerber Eigentümer wurde [4]). Der Verkäufer konnte dabei nicht gezwungen werden, dem Käufer mehr Rechte zu verschaffen als er selbst zur Zeit des Vertragsschlusses inne hatte, wohl aber mußte er alle Rechte bezüglich der Kaufsache zugunsten des Käufers aufgeben. So konnte es dazu kommen, daß der Käufer, ohne Eigentum erworben zu haben, gleichwohl die ihm fremde Sache als Erfüllung behalten mußte, selbst bei drohender Gefahr, daß sie ihm von dem besser berechtigten Dritten abgestritten würde. Immerhin war das Eviktionssystem erträglich durch eine äußerst kurze Ersitzungszeit und den gerade hierfür geltenden Satz mala fides superveniens non nocet. Trotzdem war die Ausgestaltung der Haftung eine wenig befriedigende, und ebenso wie die Haftungskonstruktion im allgemeinen bis zur Zusammenfassung im Corpus juris verschiedene Entwicklungsstadien durchlaufen hat, deren Spuren in dunkeln und teilweise sich widersprechenden Bestimmungen zu erkennen sind [5]), ist auch die starre Eviktionsbedingtheit der Haftung nicht unverändert geblieben, sondern besonders in späterer Zeit durch Annäherungen an das Eigentumsverschaffungsprinzip eingeschränkt worden.

III. Das Eviktionsprinzip, das auch im Bereich des späteren römisch-gemeinen Rechts zur Geltung gelangte, entsprach wenig den praktischen Bedürfnissen. Denn es nötigte den Käufer, sich unter Umständen mit dem bloßen Besitz der gekauften Sache zu begnügen im Bewußtsein der Gefahr, daß sie ihm jederzeit durch das bessere Recht eines Dritten entzogen werden könnte. Dadurch ist das Anwachsen der theoretischen Strömung zugunsten des Rechtsverschaffungsprinzipes besonders im 19. Jahrhundert zu erklären [6]), bis dieses in Deutschland schließlich im BGB. in voller Konsequenz zur Herrschaft gelangte. Schon vorher hatten sich in den großen Gesetzbüchern Haftungssysteme entwickelt, die man, der Ausdrucksweise der Gesetze folgend, unter der Bezeichnung „Gewährleistung" zusammenfassen kann [7]). Es handelt sich hierbei nicht um Regelungen, die sich einerseits dem Eviktions-, an-

[4]) Siber, Röm. Recht, Bd. 2, S. 196.

[5]) Girard, a. a. O., S. 603.

[6]) Darüber gibt vor allem Eck (a. a. O., S. 38 ff.) Auskunft.

[7]) Der Gewährleistungsbegriff der modernen Dogmatik (vergl. unten S. 17 A. 49) trifft diese Haftungssysteme nur insoweit, als diese keine Ansätze zur Rechtsverschaffungspflicht enthalten. Dies ist aber bei den meisten Gesetzbüchern in irgend einer Weise der Fall, infolgedessen sind beide Begriffe auseinander zu halten.

dererseits dem Rechtsverschaffungsprinzip gegenüber dank besonderer juristischer Merkmale selbständig abheben, sondern um verschiedenartige Kombinationen jener beiden Prinzipien, die dem bloßen Eviktionssystem gegenüber durchweg eine schärfere Haftung des Verkäufers zur Folge haben. Bahnbrechend wirkte hierfür der naturrechtliche Grundsatz von der Äquivalenz der beiderseitigen Leistungen [8]), der, auf den Kaufvertrag angewandt, den Käufer eine ebensolche Besitzsicherung bezüglich des Kaufobjektes zu fordern berechtigt, als er selbst durch Übereignung der Kaufsumme dem Verkäufer hinsichtlich seiner Leistung gewährt. Deshalb tendierten die Haftungsvorschriften einmal auf eine Verpflichtung des Verkäufers, das Eigentum zu übertragen, falls er dazu imstande sei. Weiterhin stand dem Käufer grundsätzlich ein Rückbehaltungsrecht des Kaufpreises schon dann zu, wenn der Entzug als sicher bevorstand und nicht erst, wenn ein Rechtsstreit um das Eigentum gegen ihn anhängig geworden ist [9]). Und schließlich war der Verkäufer neben der Entschädigungspflicht im Falle des Entzugs als Einleitung der späteren allgemeinen Rechtsverschaffungspflicht dazu angehalten, verschwiegene Belastungen des Kaufobjektes zu beseitigen.

Über die Regelung der wichtigsten Kodifikationen sei hier folgendes hervorgehoben:

1. Der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756 regelt entsprechend seinem engen Anschluß an das römische Recht im allgemeinen die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel nahezu völlig nach dem Eviktionsprinzip. Der Verkäufer ist verpflichtet „zur Übergabe der verkauften Sache ... wie auch zur allenfallsigen Gewährschaftsleistung" Teil IV, Kapitel 3, § 9. Gewährschaftsleistung war in § 15 h. t. definiert als „Schadloshaltung, welche der condemnirte Theil bey seinem Authore . . . . . oder Gewehrs-Mann um der evenzierten und abgewonnenen Sache wegen zu suchen hat". Diese Schadloshaltung konnte erst dann gefordert werden, wenn die Sache wirklich evinziert worden ist. Sogar das richterliche Urteil, welches dem Begehren des Drittansprechers stattgab, schloß diese Wirkung erst in sich, „wenn solches ad executionem gebracht und die Sache wirklich abgenommen ist" [10]). Immerhin konnte der Käufer den Kaufpreis zurückhalten, wenn die Sache in gerichtlichen Anspruch genommen oder „sonstwie billige Sorge von bevorstehender Evik-

---

[8]) Rabel, S. 266 und S. 312 f.

[9]) Der Funktion der actio empti entsprach es sogar, daß der Verkäufer den Kaufpreis solange fordern durfte, als nicht evinziert ist, vergl. dazu Rabel S. 82 ff.

[10]) Komm. Kreittmayr zum Cod. Max. Bav. Bd. IV, S. 159. Ebenso als Verfallsbedingung der stip. duplae Rabel, S. 79.

tion vorhanden ist", Teil IV, Kap. 4, § 2. Allerdings galt ein absolutes Zurückbehaltungsrecht nur, „wenn der gemachte Anspruch auf klarem und offenbarem Recht beruhet" [11]), anderenfalls durfte es nicht ausgeübt werden, solange nicht der Verkäufer eine genügende Kaution für den Kaufpreis gestellt hatte.

Eine eindeutige Rechtsverschaffungspflicht statuierte indessen Teil IV, Kap. 3, § 10: „Die verkaufte Sache soll von all fremdem Besitz-Pfandschaftsrecht, Dienstbarkeit und dergleichen ungewöhnliche Bürden, soviel nicht in dem Kontrakte angezeigt, frei und ledig übergeben werden." Allerdings konnte der Käufer deswegen, weil sich eine Belastung der Kaufsache herausstellte, nicht vom Vertrag zurücktreten, aber der Verkäufer mußte „solche mittels Entrichtung der Schuld davon liberieren, mithin auch solche Rechte frei und ledig einräumen" [12]).

2. Ebenso auf vollkommen römisch-rechtlicher Grundlage ist das Sächsische BGB. von 1863 aufgebaut. Der Kaufvertrag ging auf Besitzübertragung des Kaufobjekts bezw. Herbeiführung der Eintragung ins Grundbuch, §§ 1082, 1089, wozu die Haftung wegen Entwährung kam, die den Veräußerer zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtete, § 930. Der Anspruch auf Schadensersatz war vom Verlust der Sache infolge eines richterlichen Urteils abhängig. Stand die Entwährung bevor, so konnte der Erwerber solange den Kaufpreis zurückhalten, als nicht der Verkäufer ihm deshalb Sicherheit geleistet oder die Gefahr abgewendet hat, § 943. Der letztere Passus ist insofern von Bedeutung, als trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Sanktionierung der Eigentumsverschaffungspflicht deren Verletzung immerhin zur Begründung des Retentionsrechtes herangezogen wurde. In diesem Sinne erfuhr auch der § 1089 eine extensive Interpretation, indem sein ursprünglicher Inhalt, der auf Übertragung des bloßen Besitzes an der verkauften Sache ging, von der Praxis auf Übertragung des unbelasteten Besitzes verstanden wurde, wodurch der Verkäufer auf Beseitigung der nicht mit übernommenen Hypotheken angehalten werden konnte [13]).

3. Auch im Österreichischen A.B.G.B. von 1811 galt ursprünglich das reine Eviktionsprinzip. Gemäß § 1053 wird durch den Kaufvertrag „eine Sache um eine bestimmte Summe Geldes einem andern überlassen". Der Verkäufer war damit hauptsächlich zur Überlassung des Besitzes der Kaufsache verpflichtet; daneben traf ihn noch die Gewährleistungspflicht, daß die Sache, „die ausdrücklich bedungenen, oder gewöhnlich dabei vorausge-

---

[11]) Kreittmayr, S. 194.

[12]) Kreittmayr, S. 147.

[13]) „weil sie die Macht des Erwerbers beeinträchtigen." Grützmann, Lehrbuch des sächs. Pr. R. Bd. 2, S. 85.

setzten Eigenschaften habe, und daß sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß benützt und verwendet werden könne", § 922. Die Gewährleistung umfaßt also gleichermaßen rechtliche und physische Mängel der Kaufsache. Rechtsmängel, die der Verkäufer zu vertreten hatte, lagen dann vor, wenn ungewöhnliche Mängel oder Lasten verschwiegen oder die Freiheit der Sache von ungewöhnlichen Mängeln und Lasten zugesichert worden ist und wenn eine fremde Sache als eigen verkauft wurde, § 923. In allen diesen Fällen hatte der Verkäufer stets den daraus entstehenden und von ihm verschuldeten Schaden zu ersetzen, außerdem war er zur Verbesserung oder Nachleistung des Fehlenden verpflichtet, wenn der Mangel behoben werden kann, § 932. Diese Norm war indessen nicht der Ausfluß einer allgemeinen Rechtsverschaffungspflicht, sondern bezweckte in erster Linie die Behebung von Sachmängeln [14]), erst später auch die Erwirkung der Löschung verschwiegener bücherlicher Lasten [15]), keineswegs aber konnte damit der Verkäufer zur nachträglichen Verschaffung des Eigentums an einer schon übergebenen Sache angehalten werden. Wenn der Erwerber nicht Eigentümer der verkauften Sache geworden war, mußte er sich mit der Erhebung der Gewährleistungsklage, die hier nur auf Schadensersatz ging, gedulden, bis „das Widerspiel hervorkam", § 923. Das bedeutete die Abstreitung der Sache durch gerichtliche Eviktion. Zwar genügte auch die anderweitig festgestellte, volle Gewißheit, daß dem Dritten das angesprochene Recht wirklich zusteht. Indessen mußte das Recht des Dritten nicht nur „klar, sondern der Anspruch von ihm auch erhoben sein, weil sonst nicht gewiß wäre, daß er die Sache abstreiten werde" [16]).

4. Die Gestaltung der Rechtsmängelhaftung im preußischen ALR. von 1794 zeigt hingegen eine deutliche Abkehr von den Regeln der eviktionsbedingten Haftung. Schon aus der Kaufdefinition geht dies hervor, die gemäß I, 11 § 1 den Kauf als einen Vertrag festsetzt, „wodurch der eine Kontrahent zur Abtretung des Eigentums und der andere zur Erlegung einer bestimmten Geldsumme dafür sich verpflichtet". Ohne besondere anderweitige Vereinbarung soll der Käufer in der Regel im Zuge des Kaufvertrags Eigentum erwerben, und zwar uneingeschränktes, unbelastetes Eigentum. Zu diesem Zweck sind die Gewährleistungsvorschriften so formuliert, daß der Verkäufer nicht nur für etwaige Schäden infolge von Besitzstörungen Dritter haftet,

[14]) Dies geht schon aus dem Gesetzestext hervor, der in der ursprünglichen Fassung vom Nachtrag des Fehlenden, z. B. von Maß oder Gewicht spricht.

[15]) Entsch. 2. VIII. 1877, Nr. 6532 der Sammlung zivilr. Entscheidungen des k. u. k. obersten Gerichtshofes.

[16]) Krainz, Österr. Pr. R. 1889, Bd. 2, S. 170, Anm. 4.

sondern dem Käufer ist damit grundsätzlich auch die Möglichkeit gegeben, den Verkäufer zur Beseitigung von Quellen künftiger Störungen anzuhalten. Rechtsmängel, für die der Verkäufer einzustehen hat, sind 1. Entzug der Kaufsache, 2. Fehlen zugesicherter Eigenschaften, 3. Belastungen, die zum Entzug führen können und 4. Belastungen, die sonstwie das volle Benutzungsrecht einschränken. Der Umfang der Haftung ist verschieden. Im Falle vollständigen Entzugs der Kaufsache hat der Käufer einen Anspruch gegen den Verkäufer auf Ersatz der durch den Kaufvertrag entstandenen Auslagen, außer wenn er Kaufpreis und Verwendungen auf Grund der Einlösungspflicht des Vindikanten (I, 15, §§ 25, 26; I, 11, § 154) ersetzt bekommt. Nur bei Verschulden des Verkäufers hat er auch einen Anspruch auf Ersatz des weiteren Schadens, I, 11, § 155. Bei teilweisem Entzug (I, 11, §§ 165/168), Geltendmachung einer Belastung (I, 11, § 188) und Fehlen eines zugesicherten Rechtes (I, 5, § 325) steht dem Käufer zunächst ein Rücktrittsrecht zu. Kann oder will er nicht zurücktreten, so gelten die entsprechenden Bestimmungen wie bei der Totaleviktion, I, 11, §§ 169/174; I, 11, §§ 189/191. Dazu tritt erstmalig neben den Anspruch auf Schadensersatz das wenn auch beschränkte Recht, beim bloßen Vorliegen von Rechtsmängeln vom Vertrag zurückzutreten. Daneben besteht für den Verkäufer aber auch — allerdings nur unter bestimmten Voraussetzungen — eine ausdrückliche Rechtsverschaffungspflicht, zu deren Erfüllung er klageweise angehalten werden konnte. Anerkanntermaßen war er nämlich verpflichtet, dingliche Lasten, die auf einem Grundstück ruhten, „zu beseitigen und dem Erwerber Sicherheit dagegen zu verschaffen, daß nicht in der Folge eine Entwährung eintrete, insbesondere Löschung vorhandener Einträge im Grundbuch zu ermöglichen“ [17]). Ebenso hatte er nach Auffassung der Praxis sowohl ausdrücklich bedungene, als auch stillschweigend vorausgesetzte rechtliche Eigenschaften der Sache nötigenfalls zu verschaffen. In beiden Fällen war er kraft unmittelbarer Vertragspflicht dazu angehalten und der Erwerber konnte mit der Kontraktsklage die Leistung erzwingen [18]). Im übrigen galt bezüglich der Eigentumsverschaffung noch die alte eviktionsbedingte Haftung. Der Verkäufer ist zwar nach I, 11, § 135 schuldig, „die Sache dem Käufer so zu gewähren, daß dieser dieselbe bedungenermaßen als sein Eigentum besitzen, nutzen und darüber verfügen könne“, aber daraus wurde nicht entsprechend der Haftung für Fehler und mangelnde rechtliche Eigenschaften der Sache ein Recht des Käufers gefolgert, den Verkäufer zur Eigentumsverschaffung anhalten zu können, sondern nur die Schadensersatzpflicht im Falle des Entzugs. Ja dem Käufer stand bei drohender Eviktion

[17]) Förster-Eccius, Preuß. Pr. R. Bd. 1, S. 515.

[18]) Koch a. a. O. S. 244, Anm. 34; a. A. Förster-Eccius, S. 498 Anm. 7.

nicht einmal ein Recht zur Zurückbehaltung des Kaufpreises zu, sondern auf die Leistungsklage des Verkäufers wurde er unter diesen Umständen statt zur Zahlung zur Hinterlegung der Kaufsumme verurteilt, I, 11, § 222 [19]). Damit war die Position des Käufers bei Nichtverschaffung des Eigentums eine sehr viel schlechtere, als wenn die Sache etwa mit einer ungewöhnlichen Last beschwert war; denn während er hier den Verkäufer zu deren Beseitigung anhalten konnte, war er als Nichteigentümer gezwungen, die Inanspruchnahme des Kaufobjekts durch den Drittberechtigten untätig abzuwarten. Diese Regelung war um so unverständlicher, als im ALR. im Gegensatz zum römischen Recht der Satz galt, mala fides superveniens nocet, der Käufer also nicht mittels der Verjährung den Eigentümer ausschließen konnte. Die Theorie hat allerdings diesen Mißstand erkannt [20]) und zu dessen Abhilfe ein Rücktrittsrecht [21]) des Käufers wie auch ein Recht auf Nachgewähr des Eigentums empfohlen [22]). Die Praxis hat indessen solche Befugnisse des Käufers nie anerkannt [23]).

5. Die Haftung des Verkäufers im französischen Recht hat sich im Vergleich zur deutschen, partikularrechtlichen Gesetzgebung teilweise nach anderen rechtlichen Gesichtspunkten entwickelt. Im Code civil ist der Käufer verpflichtet: „à livrer une chose" (Art. 1582) und „à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente" (Art. 1626). Die Haftung erstreckte sich also auf Übergabe der Sache und Besitzstörungen; dazu trat noch die Haftung für verschwiegene Dienstbarkeiten (Art. 1638). Garantie bedeutete ursprünglich protéger l'acheteur et le défendre ou subsidiairement de l'indemniser [24]). Die primäre Verpflichtung des Verkäufers ging demnach dahin, den Käufer gegen rechtliche Angriffe Dritter auf das Kaufobjekt zu verteidigen. Damit war die ursprüngliche, germanisch-rechtliche Bedeutung der Gewährleistung, die auf Schutz des Erwerbers durch vollkommene Übernahme des Eviktionsprozesses durch den Veräußerer ging [25]), wenn auch nur in abgeschwächter Form wieder aufgelebt, denn im römischen [26]) wie auch im partikularen deutschen Recht [27]) war es keine aus-

[19]) Dernburg, Das O.R. Preußens, Bd. 2, S. 412.

[20]) Koch, a. a. O. I, 11, § 136, Anm. 77: Hier (sc. wenn der Käufer nicht Eigentümer geworden ist) ist der organische Zusammenhang des Rechts zerrissen.

[21]) Arndts, Jur. Wochenschr. 1839, S. 401.

[22]) Dernburg a. a. O. S. 405, Anm. 3.

[23]) Vergl. die Ausführungen d. R. G. bei Seuffert 39, Nr. 98.

[24]) Marcadé, Explication du Code Napoléon, Bd. II, S. 250.

[25]) Grundzüge des deutschen Priv.-Rechts, Hübner, S. 552.

[26]) Vgl. dazu Rabel S. 11 ff.

[27]) Gierke, Privatrecht 1907, Bd. III, S. 460.

gesprochene Pflicht des Verkäufers, den Käufer im Eviktionsprozeß beizustehen, sondern mehr ein Recht zur Wahrung seiner eigenen Interessen an dessen Ausgang, da ihm im Falle des versagten Beistandes die Einreden wegen unzureichender Prozeßführung abgeschnitten waren. Indessen hatte die Defensionspflicht im französischen Recht keine große Bedeutung gewonnen, sie verblaßte als Inhalt der Gewährleistung zusehends und schließlich betrachtete man sie nur noch als eine eigentümliche Art der Verpflichtung zu Schadensersatz [28]). Zu dieser Entwicklung hat wahrscheinlich nicht zuletzt eine eigentümliche Bestimmung des Code civil ihren Teil beigetragen. Neben dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Besitzstörung stand dem Käufer nämlich ein solcher auch dann zu, wenn der Verkäufer eine ihm fremde Sache verkauft hatte, Art. 1599: La vente de la chose d'autrui est nulle; elle peut donner lieu à des dommages intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fut à autrui. Die Interpretation dieser Bestimmungen mit den Regeln der Eviktionshaftung in Einklang zu bringen, war stets ein umstrittenes Problem der französischen Rechtswissenschaft [29]). Denn wozu bedurfte es einer eingehenden Regelung der garantie en cas d'éviction total, wenn der Kaufvertrag nichtig war und der Käufer schon auf Grund Art. 1599 das volle Interesse ersetzt bekam? Sicher hing die Nichtigkeit des Vertrags mit der in Art. 1138, 1583 hervortretenden Verbindung der obligatorischen und der dinglichen Wirkung des Veräußerungsvertrages zusammen. Danach geht mit Abschluß des Vertrages regelmäßig das Eigentum an der Kaufsache auf den Erwerber über; ist aber der Veräußerer nicht Eigentümer, so überwiegt die Unwirksamkeit der dinglichen Seite des Vertrages so sehr, daß dessen obligatorischer Bestandteil nicht zur Geltung kommt und deshalb der ganze Vertrag als nichtig angesehen wird [30]). Wenn der Verkäufer trotzdem das Kaufobjekt tradiert, erscheint es indessen ratsam, dem Erwerber wenigstens dem Verkäufer gegenüber ein Besitzrecht zuzugestehen. Denn es besteht immerhin die Möglichkeit, daß der Verkäufer das Eigentum nachträglich verschafft, und außerdem kann der Erwerber jetzt im Wege der Ersitzung den wahren Eigentümer ausschließen. Ein solcher Besitzschutz ist nun in der Literatur allgemein anerkannt, aber seine rechtliche Begründung ist äußerst verschiedenartig. Entweder

---

[28]) Zachariae, Franz. Civilrecht, I. Aufl., Bd. II, S. 371. Eigentümlich ist vor allem auch, daß in demselben Verfahren über die Herausgabepflicht des Käufers und die Ersatzpflicht des Verkäufers entschieden wird, ohne Rücksicht auf den gewöhnlichen Gerichtsstand des Verkäufers, Regelsberger, Handwörterbuch, Bd. IV, S. 749.

[29]) Rabel, S. 280; Heinsheimer, Die Zivilgesetze der Gegenwart, 1932, Bd. I, Frankreich, S. 545, Anm. zu Art. 1599.

[30]) Marcadé a. a. O. S. 204.

nimmt man eine relative Nichtigkeit des Verkaufs einer fremden Sache an, indem der Kaufvertrag durch Tradition oder spätere Eigentumsverschaffung gültig wird. Oder man betrachtet die Rechtsnatur einer solchen Abmachung zwar von vornherein als einen Vertrag sui generis, aber doch kaufähnlichen Charakters [31]), sodaß vor allem die Gewährleistungsbestimmungen zur Anwendung kommen. Dieses Auseinandergehen der Meinungen rührt nicht zuletzt von der Unkenntnis der Motive her, die dem Gesetzgeber zur Abfassung des Artikels 1599 bestimmten. Wollte er damit die zu vermutende böse Absicht des Veräußerers treffen oder zum Ausdruck bringen, daß die Leistung der Sache ohne Zustimmung des Berechtigten unmöglich und unerlaubt sein soll? Oder sollte schließlich u. a. die undeutliche Vorstellung einer Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers der Beweggrund gewesen sein, wie Rabel [32]) vermutet. Wohl war zur Zeit der Schaffung des Code civil der Gedanke der Rechtsverschaffungspflicht noch unentwickelt und in seinen Folgerungen noch garnicht durchdacht, wie schon die Normierung der Grundsätze über die Garantie beweist. Aber die Entwicklung der Rechtsmängelhaftung in Frankreich bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts zeigt, daß stets Kräfte zur Überwindung der bloßen Eviktionshaftung am Werk waren, die sich auch schon bei Schaffung des Code civil ausgewirkt haben können. Einmal wurde die Leistungsverpflichtung des Verkäufers in Art. 1582 über die körperliche Tradition hinaus so aufgefaßt, daß er gleichzeitig damit auch das Eigentum an dem Kaufobjekt zu übertragen hat, wenn er als Eigentümer dazu imstande ist. Man drückte dies aus: Livrer la chose = transférer la propriété [33]). Damit war aber noch nicht eine Eigentumsverschaffungspflicht gemeint, als vielmehr der allgemeinen Auffassung Ausdruck gegeben, daß der Verkäufer alle ihm zustehenden Rechte an der Kaufsache als Äquivalent des Kaufpreises an den Käufer zu übertragen hat. Bisweilen wollte man durch Betonung der Eigentumsübertragung aber auch das Wesen des Kaufvertrages gegenüber anderen Verträgen charakterisieren, so z. B. Huc [34]): C'est du reste avec raison, qu'on a fait observer que le législateur aurait dû ajouter ou texte de l'article 1582 que le vendeur s'oblige à procurer à l'acheteur la possession à titre de propriétaire, car autrement l'obligation du vendeur ne se distinguerait pas de celle d'un bailleur.

Ferner wurde die Verteidigungspflicht des Verkäufers als Bestandteil der Garantie neben der Ersatzpflicht wieder stärker be-

---

[31]) Huc, Bd. X, S. 89 ff. Planiol, Bd. II, S. 465 ff. Colin - Capitant, Bd. II, S. 440 ff.

[32]) Rabel S. 280.

[33]) Aubry et Rau, Cours de droit civil français, Bd. 5, S. 2 Anm. 1.

[34]) Huc, a. a. O. S. 13.

tont. „Die Verbindlichkeit zur Gewährleistung ist nicht nur eine eigentümliche Art der Verbindlichkeit zu Schadensersatz, sondern der Verkäufer als solcher ist verpflichtet, den Käufer gegen jede Störung durch Rechtsansprüche Dritter auf das Kaufobjekt zu schützen. Er muß daher die prozessuale Verteidigung des Käufers übernehmen", „l'obligation de garantir impose au vendeur l'obligation de vendre la défense de l'acheteur, lorsque celui-ci est troublé par un tiers"[36]), „il doit le protéger contre tout ce qui peut porter atteinte à la possession paisible, et s'il ne peut pas le préserver de cette atteinte il doit l'en indemniser"[37]). Hieraus geht deutlich hervor, daß der Verkäufer Besitzstörungen abzuwehren hatte. Voraussetzung war also immer noch ein rechtlicher Angriff des Drittberechtigten. Das Eviktionsprinzip war demnach nicht überwunden; das bloße Vorliegen von Rechtsmängeln berechtigte den Käufer allenfalls zur Retention des Kaufpreises, aber nicht etwa, weil der Verkäufer das Kaufobjekt mängellos zu liefern verpflichtet war, sondern weil die Rechtsmängel regelmäßig eine Eviktion im Gefolge hatten, für die der Verkäufer einstehen mußte.

6. Auch im privatrechtlichen Gesetzbuch für den Kanton Zürich, dem vom Standpunkt der schweizerischen Privatrechtsentwicklung besondere Bedeutung zukommt, war die Eviktionsbedingtheit der Haftung noch nicht überwunden, obwohl der äußere Aufbau des Gesetzes darauf schließen lassen könnte. Denn der Verkäufer verpflichtet sich, „das Eigentum an einer Sache auf den Käufer zu übertragen" (§ 1383), und er ist ausdrücklich verbunden, „die verkaufte Sache in das Eigentum und den Besitz des Käufers zu übertragen" (§ 1398). Indessen soll damit ebenso wie im französischen Recht, nur die Verpflichtung des Verkäufers normiert werden, alles seinerseits zu tun, um die ihn an der Sache zustehenden Rechte auf den Käufer übergehen zu lassen. Dies drückt auch Bluntschli[38]) aus: „Die neuere Rechtsbildung ist unmittelbar auch auf Eigentumsübertragung gerichtet. Der Verkäufer kann daher aus dem Kaufvertrag angehalten werden, die verkaufte Liegenschaft zufertigen zu lassen." Damit ist gemeint, daß der Verkäufer den Übergang des verkauften Gegenstandes zu bewirken hat, ebenso wie er für die körperliche Übertragung einer beweglichen Sache zu haften hat. Aber nicht ist in den §§ 1383, 1398 die Verpflichtung des Verkäufers enthalten, stets den Käufer zum Eigentümer des Objektes zu machen. Dagegen spricht schon die ausführliche Gestaltung der Haftung

---

[35]) Zachariae, 7. Aufl., Bd. 2, S. 482.
[36]) Aubry et Rau, a. a. O. S. 79.
[37]) Baudry-Lacautinerie, De la vente et de l'échange, S. 285.
[38]) Bluntschli, Das Züricherische O. R., Bd. 3, § 1398 Anm. 1.

im Falle der Eviktion, während Rechte des Käufers beim Vorliegen von Rechtsmängeln an sich nicht erwähnt werden. Wohl hat der Verkäufer dem Käufer sowohl dafür Gewähr zu leisten, „daß dieser das vertragsmäßig veräußerte Recht wirklich erlangt habe, als auch dafür, daß er in ungestörtem Besitz der veräußerten Sache bleiben könne". Indessen bedeutete Gewährleistung prozessualen Beistand (§ 1406) und Schadensersatz bei Eviktion (§§ 1407/1409). Darüber hinaus konnte der Käufer wegen Rechtsmängel keine weiteren Rechtsbehelfe gegen den Verkäufer geltend machen. Nur bei Beschwertheit der Sache mit einer verschwiegenen dinglichen Last stand ihm die Wahl zu zwischen Rücktritt vom Kaufvertrag oder Schadensersatz, aber auch erst, nachdem „die dingliche Beschwerde offenbar und von Rechts wegen anerkannt worden war" (§ 1413).

7. Nur in einem Gesetzeswerk des 19. Jahrhunderts war die Eviktionsbedingtheit der Haftung für Rechtsmängel grundsätzlich überwunden und wenigstens für gewisse Fälle die Rechtsverschaffungspflicht des Verkäufers ausdrücklich sanktioniert worden, und zwar im Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866.

Gemäß Art. 166 II konnte der Erwerber, falls er den Vertrag noch nicht erfüllt hatte, Befreiung von dem Anspruch des Dritten verlangen, und zwar gleichgültig, ob der Anspruch des Dritten das Eigentum an der Kaufsache, ein mit diesem verbundenes Recht oder eine dingliche Last betraf, Art. 167. Voraussetzung war aber stets, daß der Erwerber seinerseits noch nicht erfüllt hatte. War der Kaufpreis schon bezahlt, so mußte er zur Erhebung der Klage auf Schadensersatz die Eviktion abwarten. Ein klagbarer Anspruch auf Eigentumsverschaffung bestand also nur bis zu diesem Zeitpunkt und selbst dieses beschränkte Durchdringen der Eigentumsverschaffungspflicht war nur mit Schwierigkeiten erreicht worden, denn noch im Vorentwurf von 1864 war eine völlig eviktionsbedingte Haftung normiert gewesen (Artt. 153, 155).

IV. Dieser Überblick über die einzelnen Haftungssysteme läßt die Tendenz zur Steigerung der Haftung des Verkäufers im Sinne der Überwindung des Eviktionsprinzipes deutlich erkennen. Indessen ist es keinem der Gesetzbücher gelungen, eine die Praxis zufriedenstellende Normierung der Materie zu bringen. Entweder war die Übereinstimmung mit dem römischen Eviktionssystem zu groß, dann urteilte die Praxis — um den gerechtfertigten Forderungen des Käufers nachzukommen — bald nach Grundsätzen, die zu dem geschriebenen Recht in offenkundigem Gegensatz standen. In diesem Sinne erfolgte die Verurteilung des Verkäufers zur Beseitigung nicht mitübernommener Hypotheken

in Sachsen, obwohl das sächsische BGB. vollkommen auf dem Boden des Eviktionsprinzipes stand. Oder man dehnte zwar in mancher Beziehung die Haftung über den engen Rahmen des Eviktionssystems aus, aber in solcher Weise, daß es letzten Endes vom Zufall abhing, ob der Käufer bei Nichtverschaffung des Eigentums den Verkäufer zu dessen nachträglicher Verschaffung anhalten konnte. So konnte z. B. nach dem Dresdner Entwurf der Erwerber nur dann Befreiung von dem Anspruch des Dritten auf das Kaufobiekt verlangen, falls er den Kaufpreis noch nicht bezahlt hatte. Oder im österreichischen Recht konnte er eine belastete Sache als Erfüllung zurückweisen; erlangte er aber erst nach der Annahme Kenntnis von der Belastung, so war die Haftung des Verkäufers hierfür von ihrer Geltendmachung durch den Drittberechtigten bedingt [39]).

Unter diesen Umständen war es nicht verwunderlich, daß gerade auf dem Gebiet der Rechtsmängelhaftung allenthalben Unsicherheit und Unklarheit das Rechtsleben beherrschten [40]). Es kam sogar soweit, daß sich manche Gerichte zur Begründung von Urteilen lieber auf Pandektenstellen als auf die heimischen Gesetze beriefen [41]).

Demgegenüber brachte erst das vollständige Überwinden der Eviktion als Erfordernis der verkäuferischen Haftung im B G B. eine befriedigende Lösung. Hier ist der Rechtsverschaffungsgedanke konsequent durchgeführt. Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer das lastenfreie Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen, § 433. Ein Verstoß gegen diese Vertragspflicht löst die Folgen des nicht erfüllten Vertrages aus. Damit ist erreicht, daß das Bestehen von Rechtsmängeln schon an sich zur Geltendmachung von Ansprüchen genügt. Dieses Haftungssystem des BGB. bedeutete in seiner Klarheit einen erheblichen Fortschritt [42]). Der Einfluß der Eviktionshaftung war so mächtig, daß es in den Kommissionen langer Verhandlungen bedurfte, um schließlich die heutige Form erstehen zu lassen. Noch in den Motiven [43]) war man sich über die Entwährung als Voraussetzung jeden Anspruches wegen Nichtverschaffung nach Abschluß des dinglichen Vertra-

---

[39]) Hasenöhrl, Das Österreichische O. R., Bd. 2, S. 434.

[40]) Auch die gleichmäßige Behandlung von Rechts- und Sachmängeln in Preußen und Österreich wurde allgemein als verwirrend abgelehnt. Koch a. a. O. S. 243 Anm. 26. Temme, Lehrb. des Preuß. Civilrecht, Bd. 1, S. 406.

[41]) Rabel, S. 329, Anm. 2.

[42]) Bechmann, a. a. O. 3. Teil, 2. Hälfte, S. 27. Man kannte bis dahin nur zwei Haftungssysteme, entweder Nichtigkeit des Vertrages und Schadensersatz bei Verschulden des Verkäufers oder Schadensersatz bei Entzug.

[43]) Motive zum BGB. Bd. 2, S. 217.

ges einig, „aus Gründen der Praktikabilität und einer gewissen Billigkeitsrücksicht gegen den Verkäufer". Vor allem dachte man an das Fehlen der Berechnungsgrundlage des zu erstattenden Interesses beim Festhalten am reinen Verschaffungsprinzip. Diese Schwierigkeit ist durch die Normierung des § 440 II/IV überwunden worden. Danach ist die Geltendmachung eines Anspruches auf Schadensersatz solange ausgeschlossen, als der Käufer sich noch im Besitz der Sache befindet. Es soll so verhütet werden, daß „der Käufer eine Entschädigung wegen der Rechtsmängel erhält und gleichzeitig im Genuß der Sache bleibt" [44]). Freilich ist auch diese Lösung keine ideale und die generelle Zubilligung der Entschädigung z. B. nach Untergang der Sache im § 440 II, kann zu Unbilligkeiten und Härten in der Praxis führen [45]). Indessen berechtigt dieser Übelstand schwerlich dazu, aus rechtspolitischen Erwägungen die Verschaffungspflicht des Verkäufers überhaupt zu verneinen und an ihre Stelle die Verpflichtung zur Übergabe und zur Gewährleistung des veräußerten Rechtes zu setzen.

Diese Ansicht vertritt entgegen der herrschenden Meinung neuestens Leonhard [46]) und zum gleichen Ergebnis führte eine früher von Schlossmann [47]) vertretene Theorie. Allerdings sind die Begründungen in beiden Fällen verschieden. Schlossmann geht davon aus, daß der Verkäufer deshalb nicht zur Rechtsverschaffung verpflichtet wäre, weil ein hierauf gerichtetes Urteil nicht vollstreckbar sei, sondern ein solches nur auf Schadensersatz gehen könne. Aus dieser Unerzwingbarkeit der Leistung folgert er die Haftung des Verkäufers nicht als Ausfluß einer Vertragspflicht zur Rechtsverschaffung, sondern als bloße Gewähr. Gewährleisten bedeutet nach heutiger — im einzelnen allerdings sehr umstrittener — Auffassung, das Einstehenmüssen für einen Zustand, zu dessen Herbeiführung man nicht verpflichtet war [48]), im Gegensatz zur Erfüllungspflicht, kraft derer man die Herbeiführung eines Erfolges schuldet [49]).

---

[44]) Denkschrift zum BGB. S. 60.

[45]) Denn wenn z. B. die Sache durch Zufall untergeht, wäre der Käufer auch als Eigentümer in derselben rechtlichen Lage; eine Entschädigung durch den Verkäufer ist deshalb ungerechtfertigt, weil er als Eigentümer jetzt auch nicht besser gestellt wäre, als er es tatsächlich ist. Crome, System d. deutsch. Bürgerl. R. Bd. II, S. 439, Cosack, Bürg. R. § 125, Nr. V.

[46]) Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB., S. 35 ff.

[47]) Schloßmann, Iherings Jb. 45, 97 ff. Ebenso Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, S. 168.

[48]) Süss, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, S. 19. Siber, Schuldrecht, S. 106 und Leonhard S. 36.

[49]) Man muß also drei Bedeutungen des Wortes Gewährleistung im Sinne von Rechtsmängelhaftung auseinanderhalten:

Leonhard dagegen nimmt deshalb eine bloße Gewährleistungspflicht an, weil aus Gründen der Billigkeit das Bestehen eines Rechtsmangels allein noch nicht zu Ansprüchen des Verkäufers führen dürfe, zumal wenn im gegebenen Falle die Entwährung der Sache ganz ausgeschlossen erscheint. Denn auch heute noch gelte der Gedanke des römischen Eviktionsprinzipes, daß der vom Käufer erstrebte ungestörte Besitz der Kaufsache nicht nur durch Verschaffung des Eigentums herbeigeführt werden könne. Es ist aber zu beachten, daß der Schwerpunkt des käuferischen Strebens sich von der Ungestörtheit immer mehr zur unbeschränkten Verwertungsmöglichkeit verschoben hat[50]). Der Käufer erwirbt im modernen Geschäftsleben eine Sache oft nur, um sie sofort wieder weiter zu verkaufen. Der Käufer bedarf daher z. B. auch in Fällen des Schutzes, wo sich ein sicherer Kaufabschluß deshalb zerschlägt, weil der Käufer im Laufe der Verhandlungen erfuhr, daß der Verkäufer kein Eigentum erworben hatte, und er sich deshalb zur Vermeidung von Unannehmlichkeiten anderweitig eindeckte. In diesem Falle ist der Käufer, der weiterverkaufen wollte, in seinem Besitz nach wie vor ungestört, und eine Eviktion kann ganz unwahrscheinlich sein, aber trotzdem hat er durch den entgangenen Gewinn einen Schaden erlitten. Dieser Verlust ist einzig und allein durch die Tatsache des nichtverschafften Eigentums verursacht worden, und sein Ausgleich ist nur bei Geltung des Rechtsverschaffungsprinzipes möglich.

Gegen die Annahme bloßer Gewährleistung sprechen auch noch andere Gründe. Faßt man die Verpflichtung des Verkäufers in § 433 als bloße Gewährleistung im Sinne der älteren Gesetze auf, so ist eine Klage auf Rechtsverschaffung deshalb unmöglich, weil der Verkäufer garnicht verpflichtet ist, den durch das Klagbegehren erstrebten Zustand zu schaffen. Wäre dies richtig, so müßten dem Käufer generell auch die anderen Rechtsbehelfe wegen Nichterfüllung versagt werden, z. B. Weigerung, wegen des Rechtsmangels die Leistung anzunehmen und den Kaufpreis zu bezahlen. Leonhard schließt sie aber nur dann aus, wenn eine Eviktion ganz ausgeschlossen erscheint[51]).

---

a) Allgemeiner gesetzestechnischer Ausdruck der Haftung ohne Rücksicht auf das Haftungsprinzip. Terminologie der älteren Kodifikationen.

b) Haftung für Rechtsmängel im Sinne des römischen Eviktionsprinzips. Ausdrucksweise des römisch-gemeinen Rechts und z. B. des Cod. Max. Bav.

c) Haftung für etwas Nichtgeschuldetes im Gegensatz zum Rechtsverschaffungsprinzip. Gewährleistungsprinzip des modernen Rechts.

[50]) Ebenso schon für das ALR., Dernburg a. a. O. Bd. II, S. 353.

[51]) Leonhard, a. a. O., S. 42.

Und schließlich spricht auch der Aufbau der Haftung im Gesetz für eine konsequent durchgeführte Rechtsverschaffungspflicht. Denn bei Nichterfüllung der aus dem Kaufvertrag entspringenden Verpflichtungen gelten die bei gegenseitigen Verträgen im allgemeinen in Betracht kommenden Normen, § 440, I. Allerdings ist der Schadensersatzanspruch des Käufers beim Kauf beweglicher Sachen nach deren Übergabe von besonderen Bedingungen abhängig, die aber wie erwähnt aus praktischen Gründen eine Entschädigung bei gleichzeitigem Besitz der Sache verhindern sollen. Hieraus einen eviktionsbedingten Gewährleistungsanspruch konstruieren zu wollen, ist schon deshalb nicht angängig, weil das Gesetz einen Schadensersatzanspruch auch dann gibt, wenn der Käufer dem Verkäufer die Sache wegen des Rechtsmangels zurückgewährt. Eine solche Rückübertragung der Sache ist natürlich in das Belieben des Käufers gestellt, der dadurch einer Eviktion entgehen kann. Keineswegs aber kann in diesem Gewähren „ein Nachgeben, ein Eingehen auf ein Verlangen“ [52]) enthalten sein. Denn der Verkäufer wird doch schwerlich eine Rückgabe verlangen, wenn anders er bis zur vollendeten Eviktion zum Schadensersatz nicht herangezogen werden könnte!

Ebenso entspricht auch der Ersatzanspruch bei Untergang des Kaufgegenstandes dem Anspruch auf Rechtsverschaffung, denn das Gesetz macht ihn nicht davon abhängig, daß der Käufer durch den Rechtsmangel vor dem Untergang tatsächlich schon Schaden erlitten hat. Demnach kann der Ersatzanspruch hier nur darauf gegründet sein, daß der Verkäufer seiner Leistungspflicht nicht nachgekommen ist.

Um Nichterfüllung und damit um Anwendung der allgemeinen Vertragsregeln handelt es sich aber auch, wenn in § 437 der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes zu haften hat. Siber [53]), Düringer-Hachenburg [54]) und Leonhard [55]) nehmen hier eine Gewährleistung an, weil bei Nichtbestand des Rechtes dessen Leistung auch zur Zeit des Vertragsschlusses unmöglich gewesen sei, die Anwendbarkeit der Vorschriften aus §§ 320—327 die Leistungsmöglichkeit aber wenigstens zu jenem Zeitpunkt in sich schlössen. Die Haftung des Verkäufers sei also „gerade deshalb eine Gewährleistung, weil er für etwas haftet, was er nicht leisten kann.“ Diese Folgerung ist deshalb unrichtig, weil nicht aus der Unmöglichkeit der Leistung eine Haftung des Verkäufers resultiert, sondern weil er sich zur Leistung verpflichtet hat und nicht leisten kann, tritt an Stelle der ursprünglich geschul-

[52]) Leonhard, S. 38.
[53]) Siber, Schuldrecht, S. 232.
[54]) Düringer-Hachenburg, Das HGB. Bd. II, S. 47 Anm. 53.
[55]) Leonhard, S. 41.

deten Leistung eine Ersatzleistung, nämlich Schadensersatz wegen Nichterfüllung[56]). Im übrigen tritt nach der ausdrücklichen Feststellung des Reichsgerichts (RG. 20, 244) auch den Veräußerer einer nicht bestehenden Forderung die Rechtsverschaffungspflicht des Verkäufers, sodaß der Käufer unter diesen Umständen stets die Erfüllungsklage anstellen kann.

Zur Begründung der Haftung des Verkäufers ist auch der Hinweis auf den Gesetzestext nicht stichhaltig[57]). Im BGB. sind die Ausdrücke: Verpflichtung zur Gewährleistung, Gewährspflicht und Gewährleisten in verschiedener Bedeutung gebraucht. Die Verwendung des Wortes Gewährleistung gerade in §§ 365, 443, 757, 1624, 2376 und 2385, wo es sich offensichtlich um Leistungspflichten handelt, zeigt nur, wie Süss[58]) unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des BGB. überzeugend nachgewiesen hat, daß sich der Gesetzgeber der Bedeutung der Rechtsverschaffung bei Abfassung des BGB. noch nicht in allen Teilen völlig bewußt gewesen ist.

V. Das Durchdringen des Rechtsverschaffungsprinzipes im BGB. steht demnach wohlbegründet fest. Dabei beschränkt sich das neue Prinzip nicht nur auf das deutsche Rechtsgebiet, sondern das Gewährleistungsprinzip und damit die eviktionsbedingte Haftung ist zum Teil unter Einfluß der deutschen Entwicklung auch in anderen Ländern überwunden worden. Gerade in Frankreich und Österreich ist dies in neuester Zeit nach unverkennbar deutschem Vorbild geschehen.

In Frankreich war (vergl. oben S. 11 ff.) die Entwicklung der Rechtsmängelhaftung gegen Ende des 19. Jahrhunderts zu einem gewissen Abschluß gekommen. Der Verkäufer hatte das Eigentum an der Sache zu übertragen, falls er dazu imstande war, und sich jeglichen Störungsversuches dem Erwerber gegenüber zu enthalten (. . . . s'abstenir de tout acte de reclamation qui tendrait à inquiéter l'acheteur[59])), ferner traf ihn gegebenenfalls die Pflicht, den Käufer gegen Drittansprecher zu verteidigen und im Falle des Entzugs deswegen zu entschädigen. Unter dem Eindruck des im BGB. festgelegten neuen Haftungsprinzipes begann man nun auch die Haftungsnormen des Code civil danach auszulegen. Zunächst wurde die Defensionspflicht als Teil der Garantie über die Verteidigung gegen schon erhobene Ansprüche Dritter hinaus auch auf die Pflicht ausgedehnt, das Entstehen solcher Angriffe überhaupt zu verhindern. Der Verkäufer hat also möglichst schon für die Beseitigung von Ansprüchen Dritter zu sorgen, selbst

[56]) Süss, a. a. O. S. 36 ff., Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 3 S. 463, Anm. 34, Staudinger, Kommentar zum BGB. § 437 I, 1 a.

[57]) Leonhard, S. 41.

[58]) Süss a. a. O. S. 15 ff.

[59]) Aubry et Rau, a. a. O. S. 76.

wenn diese noch nicht gerichtlich erhoben sind. Der Erwerber kann somit vom Veräußerer schon dann Verteidigung fordern, wenn er eine Störung dieser Art überhaupt nur zu befürchten hat [60]). Damit ist das Eviktionserfordernis als Voraussetzung der Haftung grundsätzlich fallen gelassen worden, wenngleich noch nicht als Ausfluß einer ausdrücklichen Rechtsverschaffungspflicht, sondern auf Grund der Garantie. Die eigentliche Rechtsverschaffungspflicht wurde erst in der Folgezeit eindeutig anerkannt und aus Art. 1582 begründet. Nachdem man livrer la chose lange Zeit durch transférer la propriété ausgelegt hatte, ging man schließlich dazu über, unter diesem Ausdruck procurer la propriété zu verstehen. So war aus einer Definition des Kaufes, derzufolge als Vertragszweck der Eigentumserwerb zum Unterschied von anderen Verträgen festgesetzt worden war [61]), eine Verpflichtung des Verkäufers geworden, stets das Eigentum am Kaufobjekt zu verschaffen [62]). Mit dieser Umwandlung der verkäuferischen Verpflichtungen ist aber auch der Aufbau der Haftung im Code civil veraltet und besonders die ausführliche Regelung der eviktionsbedingten Garantie überflüssig geworden. Denn der Gesetzgeber betrachtete noch „la garantie d'éviction comme une conséquence de l'obligation que contracte le vendeur de procurer à l'acheteur la possession paisible. Mais depuis que le transfert de la propriété est devenu l'objet essentiel de la vente, on pourait sans inconvénient renverser l'ordre des termes et dire que la possession paisible procuré à l'acheteur est la conséquence du transfert de propriété qui lui est dû" [63]). Während demnach früher die Pflicht, das Kaufobjekt zu übertragen und die Pflicht, für ungestörten Besitz einzustehen zwei getrennte Verpflichtungen des Verkäufers darstellten, faßt man heute den Inhalt des Artikels 1582 als einheitliche Verpflichtung zur körperlichen Übertragung des Kaufobjektes und zur Verschaffung des Eigentums daran auf. Die Regeln über Gewährleistung in Art. 1626 ff. sind demnach bloß noch Ausführungsbestimmungen zur Rechtsverschaffungspflicht in Art. 1582, und sind als solche größtenteils bedeutungslos, da die Nichtverschaffung des Eigentums als Verstoß gegen eine Vertragspflicht die allgemeinen Folgen der Nichterfüllung einer solchen nach sich zieht [64]).

---

[60]) Zachariae, a. a. O., 8. Aufl., Bd. 2, S. 284.

[61]) Vergl. auch Preuß. ALR. I, 11, § 1 u. Dresd. Entw. Art. 156. Hier kommt die Eigentumsübertragung als Zweck des Kaufvertrags, dem kein klagbarer Anspruch des Käufers auf Eigentumsverschaffung entspricht, noch deutlicher zum Vorschein, weil diese Gesetze zur Zeit der allgemeinen Abkehr vom Eviktionsprinzip nicht bezw. nicht mehr in Geltung waren.

[62]) Heinsheimer, a. a. O. S. 537, Anm. zu Art. 1582.

[63]) Planiol, a. a. O. S. 482.

[64]) Colin-Capitant a. a. O. S. 458.

Auch im österreichischen Recht hat sich die Rechtsverschaffungspflicht durchgesetzt [65]). Unter dem Eindruck des in Deutschland sich bewährenden Verschaffungsprinzipes wurde die Eviktionsbedingtheit der Haftung immer lässiger gehandhabt und schließlich ganz aufgegeben. Dies konnte um so leichter geschehen, als die Pflicht zur Eigentumsverschaffung reibungslos den gesetzlichen Normen angepaßt werden konnte. Die Haftungsbedingung in A.B.G.B. § 925, „wenn das Widerspiel hervorkommt", wird heute ebenso gut ausgelegt durch „wenn der Mangel sich zeigt" als man früher die richterliche Anerkennung des fremden Anspruchs daraus folgerte [66]). Der Gewährleistungsanspruch als Folge der Tatsache des nichtverschafften Rechtes entspricht auch durchaus der im A.B.G.B. vertretenen gleichmäßigen Behandlung von Rechts- und Sachmängeln. Denn wenn die Sachmängel ohne weiteres zur Klagführung berechtigen, ist nicht einzusehen, warum diese bei Rechtsmängeln von weiteren Bedingungen als ihrem bloßen Vorhandensein abhängig gemacht werden soll [67]). Indessen bedeutet die Aufgabe des Eviktionssystems für die österreichische Rechtswissenschaft nicht auch die völlige Übernahme des deutschen Rechtsverschaffungsprinzipes derart, daß jeder Rechtsmangel grundsätzlich zur Erhebung der Rechtsverschaffungsklage berechtigt. Denn wenn der Verkäufer auch verpflichtet ist, das Eigentum zu verschaffen, so ist doch nicht jeder Rechtsmangel behebbar und die nachträgliche Rechtsverschaffung möglich. Ob nun der Erwerber die Behebung des Rechtsmangels fordern kann, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Jedenfalls kommt es stets darauf an, „ob die dazu nötigen Schritte Aussicht auf Erfolg haben und dem Verkäufer billigerweise zugemutet werden können" [68]).

2. Kapitel: Die Entwicklung der Haftung im schweizerischen Recht.

I. Das alte O.R. von 1881 regelte die Rechtsmängelhaftung auf der Grundlage des Eviktionsprinzipes. Zwar war der Verkäufer nach Art. 229 verpflichtet, die Kaufsache dem Erwerber „zu vollem Rechte und Genusse zu übergeben", und aus dieser Formulierung könnte man an sich das Bestehen der Rechtsverschaffungspflicht im a.O.R. herleiten. Denn das volle Recht ist erst dann übertragen, wenn der Erwerber Eigentümer geworden ist, und der volle Genuß ist nur beim Fehlen von Rechtsansprüchen Drit-

---

[65]) Ehrenzweig, System d. österr. allgem. Pr.R. Bd. 2, 1. Hälfte, S. 409.

[66]) Krainz, a. a. O. S. 170, Anm. 4.

[67]) Rabel, S. 340.

[68]) Ehrenzweig, a. a. O. S. 236.

ter auf das Kaufobjekt gesichert. Indessen enthielt der Art. 229 drei Verpflichtungen des Veräußerers, die seine Vertragspflichten im einzelnen regelten, und zwar hatte er das Kaufobjekt zu übertragen, sowie das veräußerte Recht wie auch Mängel der Kaufsache zu gewährleisten. Die Gewährleistung des veräußerten Rechtes bestand aber nicht in der Haftung für nichtverschafftes Eigentum, wie man nach der Ausdrucksweise des Art. 229 erwarten sollte, sondern hatte die Gewähr zum Inhalt, „daß nicht ein Dritter aus Rechtsgründen, die schon zur Zeit des Verkaufes bestanden haben, den Kaufgegenstand dem Käufer ganz oder teilweise entziehe", Art. 235; und gewährleisten bedeutete, wie aus den Art. 236—242 hervorgeht, Pflicht zur Abwehr von Ansprüchen Drittberechtigter und vor allem Entschädigung wegen Entzugs. Voraussetzung von Gewährleistungsansprüchen des Käufers war demnach gerichtliches Hervortreten des Drittansprechers, um den Verkäufer zur Verteidigung auffordern zu können, und zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs mußte der tatsächliche Entzug der Sache stattgefunden haben. Dies geht auch aus dem französischen Text des a. O. R. hervor, dessen Überschrift des Kapitels über Gewährleistung des veräußerten Rechts garantie en cas d'éviction lautete. Danach hatten die Redaktoren des a. O. R. grundsätzlich das römische Haftungsprinzip übernommen, wonach der Veräußerer nur für ungestörten Besitz des Kaufobjekts einzustehen hatte. Die Einzelgestaltung der Haftung war allerdings nahezu übereinstimmend nach französischem Vorbild geschaffen, namentlich die Schadensberechnung im Falle des Entzugs (a. O. R. Art. 241, Code civ. Art. 1629 ff.) und besonders die Dreiteilung der Besitzstörung in ganzen und teilweisen Entzug und die Geltendmachung verschwiegener Lasten (a. O. R. Art. 241, 242; Code civ. Art. 1626). Aber auch die Rechtsmängelhaftung in Frankreich war zu jener Zeit noch völlig eviktionsbedingt (oben S. 11 ff.), und selbst die französische Verpflichtung des Verkäufers à transférer la propriété, die im französischen Text des a. O. R. Art. 229 (le vendeur s'oblige à transférer à l'acheteur la propriété . . . d'une chose) wiederkehrt, scheint im O. R. keinen klagbaren Anspruch gegen den Verkäufer auf Aufgabe des Eigentums durch dessen Übertragung auf den Käufer begründet zu haben, denn à Porta [1]) konnte noch 1890 erklären: „obwohl nach allen modernen Rechten der Verkäufer zur Eigentumsübertragung verpflichtet ist, so kann man dennoch fast immer sagen, er haftet dafür, daß die Sache nicht entwährt würde."

Die Eviktionsbedingtheit der Haftung geht auch schon daraus hervor, daß trotz der sonstigen engen Verbindung des a. O. R. mit dem Dresdener Entwurf [2]) von diesem die nachträgliche Klage

[1]) à Porta, Die Haftung des Verkäufers einer fremden Sache, S. 18.
[2]) Botschaft des Bundesrats 1905, S. 5.

auf Rechtsverschaffung (Dresd. Entw. Art. 166, II) nicht übernommen wurde. Im übrigen war das Eviktionsprinzip von Theorie und Praxis allgemein anerkannt. Haberstich [3]) bestätigte dies ausdrücklich: „Aus der Pflicht, das Eigentum zu übertragen, darf nicht abgeleitet werden, daß die Gewährleistung schon einzutreten habe, wenn das Eigentumsrecht des Käufers von einem Dritten beanstandet wird; sondern es verlangt das Gesetz, daß der Kaufgegenstand dem Käufer entzogen worden sei". Auch Rossel [4]) vertritt diese Ansicht naturgemäß mit entsprechender Anlehnung an die französische Rechtsanschauung: „La garantie constite en ce que le vendeur doit: faire écarter toute action qui tendrait à enlever la paisible ou utile possession de la chose vendue ou s'il ne peut empêcher l'éviction, indemniser l'aquéreur de tout le dommage éprouvé". Und das Bundesgericht kennzeichnete seine Stellungnahme in E. B. G. vom 20. IX. 1902 [5]): Zur Anstellung der Gewährleistungsklage genügt das Vorhandensein des Eviktionsgrundes nicht, vielmehr ist erforderlich, daß die Entwährung stattgefunden hat."

Eine Folge der Auffassung, daß die Rechtsmängelhaftung nur bei Besitzentzug geltend gemacht werden könne, war auch die Versagung der Gewährleistungsklage bei zufälligem Untergang einer mit Rechtsmängeln behafteten Sache [6]), weil unter diesen Umständen ein Besitzentzug nicht mehr möglich wäre. Rossel [7]) zählte hierzu auch den Verzicht des Drittberechtigten auf die ihm an der Kaufsache zustehenden dinglichen Rechte, sowie deren Hemmung durch Verjährung. Und schließlich entsprach dem römischen Eviktionsprinzip auch das Fehlen jeglicher Bestimmung im O. R., die den Käufer zur Zurückhaltung des Kaufpreises oder dessen gerichtlicher Hinterlegung berechtigten, falls z. B. der Eviktionsprozeß schon angehoben hatte [8]). Denn solange nicht das Kaufobjekt tatsächlich entzogen und damit dem Käufer ein Schaden entstanden war, hatte der Verkäufer den Kaufvertrag seinerseits erfüllt, und deshalb durfte ihm auch nicht der Kaufpreis als Gegenleistung vorenthalten werden.

II. Bei der allgemeinen Abkehr von der eviktionsbedingten Haftung in den anderen Ländern ist es verständlich, daß auch in der Schweiz dieses enge Eviktionssystem bald nach der Schaffung

---

[3]) Haberstich, Handb. des schw. O. R. Bd. 2, S. 3.
[4]) Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations, 1. Aufl., S. 306.
[5]) Sammlung Curti, 1910 Nr. 4507, S. 908.
[6]) Haberstich a. a. O., S. 29.
[7]) Rossel, a. a. O. S. 313.
[8]) Auch hierin zeigt sich wieder die Abhängigkeit vom Code civil, der ebenfalls keine derartige Bestimmung enthält im Gegensatz zu den anderen Gesetzbüchern, z. B. ALR. I, 11, § 222; Sächs. BGB. § 943; Dresd. Entw. Art. 166 Cod. Max. Bav. Teil IV, Kap. 4, § 2.

des a. O. R. der herrschenden Meinung nicht mehr zu entsprechen begann. Man sah ein, daß dem Käufer das Abwarten des Entzugs nicht zugemutet werden konnte, um so weniger, als er durch Abschluß des Kaufvertrages doch in erster Linie das Eigentum an dem Kaufobjekt erwerben wollte und nicht nur den materiellen Besitz mit der Aussicht auf Entschädigung im Falle des Entzugs. Demgemäß begann die schweizerische Rechtswissenschaft, besonders unter dem Eindruck des sich in Deutschland durchsetzenden Rechtsverschaffungsprinzipes, die gesamten Normen der Rechtsmängelhaftung nach diesem Grundsatz zu interpretieren. Hafner zog neben der speziellen Gewährleistung die allgemeinen Vertragsregeln zur Erweiterung der Haftung heran. Bei Kenntnis des Rechtsmangels „wird der Käufer die Übergabe der Sache wohl nicht als Erfüllung annehmen müssen“ [9]), und bei Irrtum über das Eigentum des Verkäufers konzedierte er ihm ein Anfechtungsrecht nach Art. 18 ff. [10]). Auch das Bundesgericht anerkannte die Rechtsverschaffungspflicht des Veräußerers: „Der Verkäufer hat dem Käufer Eigentum und Genuß des veräußerten Rechts zu verschaffen“ [11]). Aber damit war keine Vertragspflicht des Verkäufers gemeint, zu deren Erfüllung ihn der Erwerber klageweise anhalten konnte, denn das Bundesgericht setzt in derselben Entscheidung als Voraussetzung zur Anstellung der Gewährleistungsklage ausdrücklich über das bloße Vorhandensein des Eviktionsgrundes hinaus die Entwehrung voraus. Damit ist die wichtigste Folge des Rechtsverschaffungsprinzipes, die Berechtigung des Käufers, schon bei Entdeckung der Rechtsmangelhaftigkeit des Kaufobjektes gegen den Veräußerer vorgehen zu können, negiert und die alte Form der Haftung des Verkäufers auf Schadensersatz wegen Entzugs beibehalten. Die Gründe hierfür waren dieselben, deren Berücksichtigung noch im ersten Entwurf des BGB. die eviktionsbedingte Haftung bestehen ließ. Neben gewissen Billigkeitsrücksichten gegen den Veräußerer glaubte man vor allem dem Käufer keinen Entschädigungsanspruch zubilligen zu können, wo doch in den meisten Fällen kein Schaden durch die bloße Nichtverschaffung des Eigentums entstehen würde [12]).

Somit war zwar die Entwicklung der Haftung im Sinne ihrer Erweiterung zugunsten des Käufers in Fluß gekommen, aber ein endgültiger Abschluß durch konsequente Anerkennung des Rechtsverschaffungsprinzipes war vorläufig noch nicht erfolgt. Man kann die Situation um die Jahrhundertwende wie folgt kennzeichnen:

---

[9]) Hafner, Kommentar zum O. R. Art. 235, 2.
[10]) Hafner, Art. 229, 3.
[11]) E. B. G. vom 20. 9. 1902, Sammlung Curti 1910, S. 908.
[12]) à Porta, a. a. O., S. 14.

1. Übereinstimmung darüber, daß das Eviktionssystem des a. O. R. der Rechtsanschauung nicht mehr entspreche,
2. Anerkennung der Eigentumsverschaffung als eigentlichen Zweck des Kaufvertrages,
3. aber Ablehnung des konsequenten Rechtsverschaffungsprinzipes aus Billigkeitsrücksichten und zur Vermeidung von Berechnungsschwierigkeiten.

Unter diesen Umständen erfolgte in den ersten Jahren des 20. Jahrhunderts die Revision des Obligationenrechts, die im Jahre 1911 zur Publikation des rev. O. R. führte. In Fragen der Rechtsmängelhaftung brachte das neue Gesetz drei Änderungen:

Dem Artikel 194, der dem Art. 240 a. O. R. entspricht, wurde ein zweiter Absatz angefügt, demzufolge die Pflicht zur Gewährleistung auch dann besteht, wenn der Käufer beweist, daß er zur Herausgabe des Kaufobjekts verpflichtet war. Damit war endgültig die Auffassung überwunden worden, daß der Entschädigungsanspruch wegen Eviktion durch die Streitverkündung bedingt sei [13]). Diese Ansicht entsprach der früheren kantonalen Gesetzgebung und war in Art. 240 a. O. R. nur teilweise gemildert worden, indem die rechtzeitige Benachrichtigung des Verkäufers von der Anrufung eines Schiedsgerichts bezw. der Anerkennung des fremden Besitzrechtes der Streitverkündung gleichgestellt war.

Ferner wurde in Art. 195 II der Entschädigungsanspruch des Käufers im Falle der Eviktion grundsätzlich auf das volle Interesse festgesetzt, sofern dem Verkäufer der Nachweis nicht gelingt, daß ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt. Im Gegensatz dazu hatte gemäß a. O. R. 241, II, der Käufer ein Verschulden des Verkäufers nachzuweisen, falls er über das unmittelbare Interesse hinaus auch den durch die Entwehrung mittelbar verursachten Schaden ersetzt bekommen wollte.

Vor allem wird die neue Anschauung in Neufestsetzung des Kaufbegriffes und zugleich der Vertragsverpflichtungen der Parteien in Art. 184 zum Ausdruck gebracht. Danach wurde Art. 229 a. O. R., der in der Formel: Verschaffung zu vollem Rechte und Genusse das habere licere Prinzip ausgedrückt hatte, durch die Normierung ersetzt; „durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen." Damit scheint das Rechtsverschaffungsprinzip endgültig anerkannt worden zu sein, denn diese Formulierung entspricht wörtlich dem deutschen Gesetzestext in § 433. Indessen sprechen gewichtige Umstände dafür, daß die Revisoren des O. R. zwar gegenüber dem a. O. R. eine Erweiterung der Haftung beabsichtigten — dies ergibt sich auch aus den Änderungen in den Artikeln 194 II und 195 II —, aber

[13]) Vgl. Becher-Gmür, Komm. zu Art. 192, 1 a. E., Art. 194, II.

nicht nach dem starren Rechtsverschaffungsprinzip, sondern nach den Grundsätzen des modernen Gewährleistungsprinzipes, wonach der Verkäufer zur Eigentumsverschaffung angehalten ist, der Erwerber aber keinen klagbaren Anspruch darauf hat.

Dies geht aus der amtlichen Begründung hervor, demzufolge in Artikel 184 „in Übereinstimmung mit dem schon jetzt geltenden französischen Text von der Verpflichtung des Verkäufers gesprochen wird, dem Käufer den Kaufgegenstand zu Eigentum, anstatt zu vollem Recht und Genuß zu übertragen“ [14]). Dabei folgte man bei Festsetzung des Wortes Eigentum einem „verbreiteten Sprachgebrauche“ [15]). Hieraus folgt, daß die Änderung des Wortlautes nicht den Zweck hatte, die Geltung eines neuen Haftungsprinzipes zu dokumentieren, als vielmehr den deutschen Text der französischen Fassung anzugleichen [16]). Da aber auch im rev. O. R. die Verpflichtung des Verkäufers auf transférer (nicht procurer) la propriété et la joussance d'une chose lautet, kann von einer Einführung der Rechtsverschaffungspflicht des französischen Vorbilds und damit des O. R. schwerlich die Rede sein.

Dies beweist auch die Stellungnahme Rossel's [17]), der zwar eine Erweiterung der Haftung im rev. O. R. anerkennt [18]), im übrigen aber die Vertragsverpflichtung des Verkäufers nach wie vor in délivrer und garantir teilt, wobei die Garantie eine Defensions- und eine Entschädigungspflicht enthält.

Aber wenn auch das konsequente Rechtsverschaffungsprinzip bei der Revision des O. R. noch nicht endgültig durchgedrungen ist, so kann man trotzdem feststellen, daß es heute der allgemeinen Rechtsanschauung der Schweiz entspricht. Oser [19]) erwähnt ausdrücklich, daß auf Grund der verkäuferischen Verpflichtung in Artikel 184 die allgemeinen Bestimmungen des O. R. (besonders Art. 23 ff. und 97 ff.) neben den speziellen Vorschriften von Art. 192 ff. geltend gemacht werden können. Bader [20]) gesteht dem Käufer, der nicht Eigentümer geworden ist, eine Eigentumsverschaffungsklage zu und daneben schon vor dem Entzug eine Klage auf Schadensersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung. Und auch Liechti [21]) anerkennt die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers, der allerdings nur bis zur Übergabe eine Rechtsverschaffungsklage des Erwerbers entsprechen soll.

---

[14]) Botschaft 1905, S. 23.

[15]) Protokolle 1908, Sitzung 9, S. 1.

[16]) Oser, Kommentar zum O. R. Art. 184, 42.

[17]) Rossel, Manuel du droit fédéral, 4. Aufl., S. 449 ff.

[18]) z. B. ist der Satz, wonach bei Untergang der Sache der Gewährleistungsanspruch untergeht, weggelassen worden.

[19]) Oser, Art. 192, 1.

[20]) Bader, S. J. Z. 20, S. 307.

[21]) Liechti, Rechtsgewährleistung und Entwährung im schweizerischen O. R., S. 20 ff.

Diese drei Beispiele zeigen, daß der Rechtsverschaffungsgedanke in der neuesten Literatur prinzipiell anerkannt ist. Nur seine Auswirkung im einzelnen ist bei der fehlenden Stellungnahme des Gesetzgebers zu diesem Problem unsicher und streitig. Da indessen die Durchführung der konsequenten Rechtsverschaffungspflicht als Bedürfnis empfunden wird, andererseits das O. R. stets eine enge Anlehnung an das deutsche Recht gezeigt hat, steht nichts im Wege, die Rechtsmängelhaftung des schweizerischen Rechts nach deutschem Vorbild auszulegen. Einer solchen Interpretation kommt die Technik des schweizerischen Gesetzgebers wirkungsvoll zustatten. Denn während im BGB. die Rechtssätze abstrakt gestaltet sind, damit möglichst alle Lebenserscheinungen im Gesetz ihre Regelung finden, will das O. R. das Rechtsleben nicht erschöpfend regeln. Das schweizerische Recht ist für Laienrichter bestimmt und enthält deshalb nur die notwendigsten Bestimmungen in einfacher und gemeinverständlicher Form, während die oft nötige Ergänzung des Gesetzes dem zu diesem Zweck vorgebildeten Juristenstand überlassen ist[22]). Gerade für das Gebiet der Rechtsmängelhaftung bedeutet dieses System noch weiter, daß der Richter bei dem Fehlen ausdrücklicher gesetzlicher Vorschriften nicht nach dem starren Rechtsverschaffungsprinzip zu urteilen hat, sondern auf Grund eines gewissen Spielraums, den ihm das Gesetz dadurch läßt, gegebenenfalls dessen Härten vermeiden kann.

---

[22]) v. Tuhr, Streifzüge im rev. O. R. S. J. Z. 18, S. 365.

II. Abschnitt:
Dogmatische Ausführung.

3. Kapitel: Wesen und Umfang der Haftung.

Die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel entspricht seiner in Art. 184 ausgesprochenen Verpflichtung, dem Käufer das Eigentum an dem Kaufobjekt zu verschaffen [1]). Diese Formulierung des Gesetzes ist weniger genau als die des BGB. Denn die Verpflichtung des Verkäufers ist gegebenenfalls nicht auf Eigentumsverschaffung gerichtet, und, soweit es der Fall ist, erschöpft sie sich nicht darin. Es können z. B. auch Rechte verkauft werden, an denen gar kein Eigentum begründet und dementsprechend auch nicht verschafft werden kann. Diesem Umstand trägt die Formulierung des BGB. in § 433, I, S. 2 Rechnung, wodurch der

---

[1]) Das Verhältnis dieser beiden Pflichten zueinander ist aber insofern von Bedeutung, als die Rechtsfolgen bei Unmöglichkeit eine von beiden zu erfüllen sich verschieden gestalten, je nachdem, ob man zwei getrennte Pflichten annimmt oder eine einheitliche Pflicht mit doppeltem Inhalt. Von Wichtigkeit ist die Unterscheidung vor allem, wenn nach erfolgter Übergabe die Unmöglichkeit der Rechtsverschaffung feststeht. Gelten hier ohne weiteres die Regeln über vollständige Unmöglichkeit, oder richten sich die Rechte des Käufers nach den Bestimmungen über teilweise Unmöglichkeit der Leistung? In neuester Zeit hat sich allgemein die Auffassung durchgesetzt, daß Übergabe- und Verschaffungspflicht als zwei getrennte Pflichten zu bewerten sind (vergl. Staudinger, Kommentar zum BGB. § 433, VIII, A 2 e). Demnach ist die Unmöglichkeit, Eigentum überhaupt oder unbelastetes Eigentum zu verschaffen, grundsätzlich als teilweise Unmöglichkeit der Leistung zu beurteilen. Im O. R. ist zwar nur die vollständige Unmöglichkeit in den Artt. 97 ff., 119 behandelt, indessen wird der Regelung des BGB. in §§ 325, I, Satz 2 und 280, II, S. 1 entsprechend der Käufer die Möglichkeit haben, die mangelhafte Leistung bei fehlendem Interesse abzulehnen und vollen Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Vertragsverpflichtung zu verlangen, in analoger Ausdehnung des in Art. 20, II und 209 ausdrücklich fixierten Grundsatzes der Rückwirkung von Teilmängeln auf den ganzen Vertrag (v. Tuhr, S. 497, Becker, Art. 97, 12. Oser, Art. 107, 38).

Verkäufer eines Rechts verpflichtet wird, „dem Käufer das Recht zu verschaffen und, wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben." Andererseits genügt der Verkäufer seiner vertraglichen Verpflichtung auch bei Verkauf einer körperlichen Sache durch die bloße Verschaffung des Eigentums noch nicht, er haftet darüber hinaus für die Freiheit des Kaufobjektes von Rechten Dritter, welche auf der Sache ruhen und gegen den Rechtsnachfolger geltend gemacht werden können [2]).

Der Umfang der Haftung für Belastungen richtet sich nach der vertraglichen Abmachung. Ist eine solche nicht getroffen, so haftet der Verkäufer grundsätzlich wegen jeder Belastung, die von einem Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden kann. Darüber hinaus erstreckt sich die Haftung aber auch auf solche Rechte, die trotz der Übertragung des Eigentums zu Gunsten des Verkäufers bestehen bleiben [3]). Streitig ist, ob die Haftung des Verkäufers auch öffentlich-rechtliche Lasten umfaßt. Das OR. kennt keinen ausdrücklichen Ausschluß der Haftung für öffentliche Abgaben und andere öffentliche Lasten, die zum Eintrag in das Grundbuch nicht geeignet sind, wie das BGB. in § 436. Immerhin ist in einer Entscheidung (ZBJV. 39, 213) die Ausdehnung der Haftung auf öffentlich-rechtliche Lasten grundsätzlich verneint worden. Man wird aber trotzdem in bestimmten Fällen eine Haftung annehmen müssen, z. B. wenn es sich um rückständige Verpflichtungen handelt, mit denen der Käufer nicht rechnen konnte [4]) oder etwa bei polizeilichen Baubeschränkungen. Das Vorliegen einer solchen wird allerdings nicht als Rechtsmangel, sondern nach Art. 197 als Sachmangel mit den Folgen der Sachmängelhaftung behandelt [5]).

Die Haftung des Verkäufers infolge der Rechtsverschaffungspflicht entsteht durch Vertragsschluß und bleibt grundsätzlich solange bestehen, als nicht das lastenfreie Eigentum oder das geschuldete Recht auf den Käufer übergegangen ist. Sie erlischt nicht durch die Abnahme der verkauften Sache, wenn auch der Ver-

---

[2]) Liechti (a. a. O. S. 19) und Bader (a. a. O. S. 307) sprechen von einer Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers als Inhalt des Art. 184 neben der Übergabepflicht. Dieser Ausdruck ist besser durch Rechtsverschaffungspflicht zu ersetzen, da der Verkäufer stets ein Recht zu verschaffen hat, dessen Beschaffenheit aber nicht generell gekennzeichnet werden kann, sondern sich von Fall zu Fall verschieden darstellt. Vgl. dazu Oser zu § 184, V, 1, b, α.

[3]) Planck, Komm. z. BGB. § 434, 2 a; Colin-Capitant, a. a. O. Bd. II, S. 454.

[4]) Becker, Art. 192, 10, aber nur soweit der Käufer als Rechtsnachfolger für sie haftet, Fleiner, VerwR. S. 153 ff.

[5]) Ausdrücklich Botschaft des Bundesrats 1909 S. 14, ebenso RG. 59, 356, dagegen v. Tuhr, S. J. Z. 18, S. 369.

käufer zur Vermeidung des Annahmeverzuges die Leistung dadurch gleichsam als Erfüllung annehmen muß[6]). Immerhin kann die Geltendmachung des Erfüllungsanspruches gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Käufer trotz Kenntnis des Mangels längere Zeit nichts gegen die hierin liegende Nichterfüllung unternommen hat[7]). Der Rechtsverschaffungspflicht ist erst genügt, wenn der Käufer das Recht auf Grund der Leistung des Verkäufers erwirbt[8]). Daraus folgt zweierlei. Einmal bedeutet Rechtsverschaffungspflicht nicht Übertragungspflicht. Der Verkäufer braucht nicht Eigentümer des geschuldeten Rechts gewesen zu sein, sondern die Obligation erlischt auch, wenn es der Käufer auf Grund guten Glaubens oder durch Ersitzung erwirbt. Immerhin muß der Rechtserwerb aber auf die verkäuferische Leistung zurückzuführen sein. Der Verkäufer hat also seine Vertragspflicht nicht erfüllt, wenn der Käufer im Verlauf eines anderen Rechtsgeschäftes (z. B. durch Kaufvertrag mit dem Eigentümer) oder infolge eines sonstigen selbständigen Rechtsgrundes (z. B. Erbgang) das ihm vom Verkäufer geschuldete Recht erwirbt.

Die Haftung wegen eines Mangel im Recht fällt weg,

1. bei Verzicht des Käufers, Art. 192 III, außer bei absichtlichem Verschweigen des Mangels durch den Verkäufer. Unter Absicht ist hier das Bewußtsein zu verstehen, daß ein Rechtsmangel besteht und der Käufer ihn nicht kennt[9]). Weitere Erfordernisse werden nicht vorausgesetzt, weder — entgegen der absichtlichen Täuschung in Art. 28 — ein Verleiten des Käufers zum Vertragsschluß, noch eine besondere Arglist wie in Art. 199[10]). Becker[11]) hebt darauf ab, daß der dem Verkäufer als Rechtsmangel bekannte Umstand bei Vertragsschluß auch noch die sichere oder doch wahrscheinliche Eviktionsgefahr in sich geborgen haben muß, um die Nichtigkeit der Haftungsausschlußklausel herbeizuführen. Hiergegen spricht jedoch die Absicht des Gesetzgebers, der durch die Bezeichnung „absichtlich" offenbar einen rein inneren Vorgang, das Wissen des Verkäufers, charakterisieren wollte, ohne Rücksicht auf weitere, von außen her kommende Umstände. Allerdings muß sich seine Unsicherheit auf den Bestand des Rechts überhaupt beziehen, nämlich auf die Wahrscheinlichkeit, daß gewisse Tatsachen Rechtsmängel sein könnten und damit

---

[6]) Protokolle z. BGB. Bd. 2, S. 50. Planck a. a. O. § 433, 7 b. Staudinger a. a. O. § 440, I, A 4.

[7]) S. J. Z. 21, 13, Handelsger. St. Gallen E. v. 13. 7. 23.

[8]) v. Tuhr O. R. S. 411.

[9]) so Oser, Art. 192, 21.

[10]) Über die Unsicherheit der gesetzlichen Terminologie gerade in diesem Zusammenhang vergl. v. Tuhr S. J. Z. 18, 368.

[11]) Becker, Art. 192, 17.

sein eigenes Recht in Frage stellen würden. Eine etwaige Unsicherheit darüber, ob die ihm als Rechtsmängel bekannten Tatsachen einen Rechtsnachteil für den Käufer nach sich ziehen könnten [12]), genügt nicht zum Ausschluß der im Artikel 192 III bezeichneten Absicht.

2. Bei Kenntnis des Käufers, außer bei vertragsmäßiger Festsetzung der Haftung, Art. 192, II. Unter Kenntnis ist nur das tatsächliche Kennen des Rechtsmangels zu verstehen, das Kennensollen ist diesem nicht gleichzusetzen [13]). Die Kenntnis muß im Augenblick des Vertragsschlusses vorliegen. Nachträglich erlangte Kenntnis schadet im allgemeinen nicht, außer wenn damit ein Verzicht auf die Rechtsverschaffungspflicht angenommen werden kann, z. B. wenn der Käufer trotz nachträglich erlangter Kenntnis des Rechtsmangels den Kaufgegenstand anstandslos annimmt [14]).

3. Durch Unterlassen der Streitverkündung Art. 193 III. Bei prozessualer Inanspruchnahme des verkauften Gegenstandes durch einen Dritten dem Käufer gegenüber soll durch die Streitverkündung der Verkäufer veranlaßt werden, den Schutz für das bestrittene Recht zu übernehmen. Ist die Benachrichtigung des Verkäufers ohne dessen Veranlassung unterblieben, so fällt seine Haftung für Rechtsmängel insoweit weg, als er zu beweisen vermag, daß bei rechtzeitiger Streitverkündung ein günstigeres Urteil zu erzielen gewesen wäre.

4. Beim Versteigerungskauf. Bei Zwangsversteigerung findet, abgesehen von besonderen Zusicherungen oder von absichtlicher Täuschung der Bietenden, eine Gewährleistung nicht statt. Art. 234 I. Die Unkenntnis bezüglich eines Rechtsmangels auf Seiten eines Erstehers ist also hier insofern ohne Bedeutung, als sie nicht als Erfordernis des Getäuschtwerdens begrifflich vorausgesetzt werden muß. Dies geht auch aus Art. 234 II hervor, wonach öffentlich erkennbare Belastungen bestehen bleiben auch wenn der Bieter in Bezug auf sie gutgläubig war [15]). Und schließlich gilt gemäß Art. 234 III bei freiwilliger öffentlicher Versteigerung der einseitig vom Versteigerer erklärte Haftungsausschluß als pactum de non praestando. Damit fällt seine Haftung wegen Rechtsmängel gegenüber jedem Bieter weg, mit Ausnahme eines von ihm absichtlich Getäuschten. Ob allerdings eine Zwangsversteigerung auch nur analog als Kaufvertrag aufgefaßt werden kann, ist von

---

[12]) Dies ist eine Folgerung der Auffassung von Becker, Art. 192, 17.

[13]) Oser, Art. 192, 15. Liechti a. a. O. S. 25. A. A. Schneider-Fick, Kommentar zum O. R. 1883, Art. 236, 2 a.

[14]) Oser, Art. 192, 16, Oertmann, Kommentar zum BGB. § 439, 3.

[15]) Becker, Art. 234, 3.

der modernen Doktrin bestritten [16]). Insofern wäre eben dann eine besondere Zusicherung nach Art. 234 I nicht als Rechtsverschaffungspflicht aus einem Kaufvertrag zu beurteilen, sondern als selbständiger Garantievertrag [17]).

Die praktische Bedeutung der aus der Rechtsverschaffungspflicht herrührenden Haftung ist zwar durch die Grundsätze über den gutgläubigen Erwerb in Verbindung mit Besitzübertragung oder Grundbucheintragung ZGB. Art. 714, 933 ff. 973 [18]) gegenüber den Gewährleistungsvorschriften für Sachmängel verhältnismäßig gering. Immerhin kommt ein Verstoß gegen die Rechtsverschaffungspflicht in Frage

a) wenn der Verkäufer an der verkauften Sache überhaupt kein Eigentum verschafft. Dies trifft stets bei gestohlenen und abhanden gekommenen Sachen zu. Die Gutgläubigkeit des Käufers bewirkt aber deren Ersitzung nach Ablauf von 5 Jahren, nachdem der Eigentümer ihren Besitz verloren hat, ZGB., Artt. 934, 728/729;

b) wenn ein abzutretendes Recht überhaupt nicht oder nicht so besteht, wie der Zedent nach dem Abtretungsgeschäft erwarten darf. Die Gewährleistung für den Bestand einer Forderung ist in Art. 171 I normiert, Spezialbestimmungen gelten beim Wechsel Art. 793 ff., und für die Abtretung von Inhaberpapieren, Art. 849 ff. Die Gewährleistung bei der entgeltlichen Zession anderer Rechte bestimmt sich nach Art. 184 ff.;

c) wenn an dem verkauften Gegenstand Rechte Dritter bestehen bleiben [19]), oder besonders zugesagte Rechte des Erwerbers nicht bestehen, oder ein Wertpapier zur Kraftloserklärung aufgeboten ist [20]).

---

[16]) Huber, Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung nach schweizerischem Betreibungsrecht Z. schw. R. 24, 81 ff. Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl. 1931, S. 690, kennzeichnet die Rechtsnatur der Zwangsversteigerung als einen Fall der Zwangsübertragung des Eigentums durch den Gerichtsvollzieher als Beamten nach Art eines Verkaufs.

[17]) Darüber und über die unglückliche Fassung des Gesetzes, aus dem nicht hervorgeht, wer überhaupt eine besondere Zusicherung zu vertreten hat, vergl. v. Tuhr S. J. Z. 18, S. 384.

[18]) Rabel (S. 285 Anm. 2) konstatiert das Fehlen von Schutzbestimmungen zugunsten des gutgläubigen Erwerbers in vielen Kantonen. Aber schon a. O. R. Art. 205 bestimmte: Vorbehaltlich der Best. über verlorene oder gestohlene Sachen erlangt der gutgläubige Erwerber einer Sache das Eigentumsrecht, auch wenn der Veräußerer nicht Eigentümer war.

[19]) Becker, Art. 192, 10; indirekt wohl auch Oser, Art. 192, 4.

[20]) Oser, 1. Aufl. Art. 171, II, 1 a ε, ausdrücklich BGB. § 437, II.

4. Kapitel: Inhalt der Haftung.

I. Verhältnis der Rechtsgewährleistung zu den allgemeinen Normen über Nichterfüllung.

An sich würde jeder Verstoß gegen die in Art. 184 ausgesprochene Rechtsverschaffungspflicht durch deren Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung die generellen Folgen der Nichterfüllung einer Obligation nach Art. 97 ff. nach sich ziehen. Es hat auch der Expertenkommission[1]) ein Antrag vorgelegen, dem Käufer bei Entzug der Kaufsache das allgemeine Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung zu gewähren. Dieser Vorschlag wurde indessen abgelehnt, weil die rechtliche Natur der Entwehrung eine eingehendere Behandlung der Rücktrittsfolgen erfordere als dies in Art. 109 geschehen ist. So wurde nun im rev. OR. Art. 195/196 die besondere Behandlung der „Gewährleistung des veräußerten Rechts" beibehalten. Damit entsteht jetzt die Frage, ob dieser Begriff Gewährleistung sich auf sämtliche Tatbestände des nichtverschafften Rechts bezieht, oder ob sie bestimmte Voraussetzungen bezüglich der Nichterfüllung durch den Verkäufer in sich schließt, so daß nur ein Teil der an sich denkbaren Möglichkeiten der Nichtverschaffung des Rechts die Gewährleistungshaftung nach sich zieht, während für den Rest die allgemeinen Nichterfüllungsregeln gelten.

Die Ansprüche des Käufers nach Art. 195/196 sind grundsätzlich davon abhängig, daß der Kaufgegenstand ganz oder teilweise entwehrt worden ist. In diesem Sinne ist der Gesetzestext formuliert (Art. 195: Ist die Entwehrung eine vollständige, Art. 196: Wenn dem Käufer nur ein Teil des Kaufgegenstandes entzogen wird), und auch die Randmarginale spricht von „Ansprüchen des Käufers bei vollständiger bzw. teilweiser Entwehrung". Diese Ausdrucksweise läßt den Schluß zu, daß nur die bereits stattgefundene Entwehrung dem Käufer die Rechtsbehelfe der Gewährleistung gibt. Einer solchen Folgerung stehen aber zwei Umstände im Wege. Einmal die Ausdehnung der Haftung auch auf den Tatbestand der Beschwertheit des Kaufgegenstandes mit einer dinglichen Last, Art. 196 I. Hier behandelt das Gesetz die Tatsache eines teilweisen Entzuges und die Tatsache einer Belastung, ohne daß deshalb der Entzug schon hätte stattfinden müssen („. . . oder wenn die verkaufte Sache mit einer dinglichen Last beschwert ist") als zwei Faktoren, die gleichermaßen eine Gewährleistung bedingen. Und ebenso gibt es eine Anzahl von Fällen, bei denen die bloße Nichtverschaffung des geschuldeten Rechts auch ohne Entzug genügt, um den Verkäufer haften zu lassen, wie wenn eine Eviktion tatsächlich stattgefunden hätte. Es

[1]) Protokoll der Expertenkommission vom 14. 10. 08, S. 6 ff.

handelt sich hier vor allem darum, daß der Käufer den Kaufgegenstand aus einem anderen Rechtsgrund als durch Kaufvertrag erwirbt, z. B. durch Erbgang, Abfindung des Drittberechtigten oder durch Zuwendung von dessen Seite, oder daß der Kaufgegenstand im Besitz des Käufers untergegangen ist, bevor dieser Eigentümer wurde. Diese Fälle wurden schon im gemeinen Recht [2]) dem Entzug gleichgestellt und als Quasieviktion bezeichnet. Auch in der schweizerischen Praxis sind sie in diesem Sinne anerkannt [3]), wenngleich die Doktrin ebenso wie das Gesetz selbst sie mit Schweigen übergeht.

Somit ist die bereits erfolgte Eviktion kein unbedingtes Erfordernis der Gewährleistung; und es frägt sich deshalb, ob nicht auch andere Tatbestände der Nichtverschaffung des Rechts die Gewährleistung in sich schließen. Diese Frage ist darum von Bedeutung, weil die Gewährleistung Schadensersatzansprüche des Käufers im Gegensatz zu Art. 97 ff. auch ohne Verschulden des Verkäufers umfaßt. In erster Linie kommt hier in Betracht die Nichtverschaffung des Eigentums ohne bisherigen Entzug. Für die Unterstellung dieses Tatbestandes unter die Normen der Gewährleistung sprechen folgende Erwägungen:

1) Der Gewährleistung als strenger Haftung muß als Voraussetzung auch ein schwerer Verstoß gegen die Rechtsverschaffungspflicht entsprechen. Die Systematik des Gesetzes in Art. 195/196 läßt erkennen, daß ein solcher Verstoß grundsätzlich dann angenommen werden kann, wenn der Verkäufer so wenig Recht verschafft, daß dem Käufer nicht einmal der Besitz des Kaufgegenstandes garantiert ist. Dabei kommt es nun nicht darauf an, daß dem Käufer der Besitz tatsächlich wieder entzogen worden ist, denn auch die Gewährleistung ist eine Konsequenz des in Art. 184 ausgesprochenen Rechtsverschaffungsgedankens, demzufolge schon die Tatsache des nichtverschafften Rechtes den Verkäufer für deren Folgen haften läßt. Also muß auch schon die Tatsache des nichtverschafften Eigentums die Gewährleistungshaftung nach Art. 195 begründen [4]). Die Enge des Gesetzestextes steht dem schon deshalb nicht entgegen, weil die gesetzliche Terminologie dem a. OR. entstammt, das prinzipiell nur die eviktionsbedingte Haftung für Rechtsmängel kannte.

2) Andererseits würde die Anwendung der Rechtsbehelfe aus Art. 97 ff. zu befremdenden Ergebnissen führen.

---

[2]) Dernburg a. a. O. Bd. II, S. 406, Anm. 6.

[3]) à Porta a. a. O. S. 25, Liechti a. a. O., S. 62.

[4]) In diesem Sinne ist wohl auch die Bemerkung von Oser Art. 192, 5 aufzufassen: . . . Art. 192 ff. sprechen nur von denjenigen rechtlichen Defekten der Kaufsache, die zu deren Entzug führen oder doch den Entzug in Aussicht stellen.

a) Konnte der Verkäufer infolge unverschuldeten Unvermögens kein Eigentum verschaffen, so kann der Käufer nur den etwa bereits bezahlten Kaufpreis zurückverlangen ohne die Möglichkeit eines Schadensersatzes, Art. 119. Ist dagegen der Kaufgegenstand mit einer dinglichen Last behaftet, so kann der Käufer gegebenenfalls auch ohne Verschulden des Verkäufers die Ansprüche aus Art. 193 geltend machen, die auch den Ersatz des durch die Belastung unmittelbar verursachten Schadens umfassen. Obwohl also der Verkäufer im letzteren Fall wenn auch belastetes Eigentum verschafft hat, würden dem Käufer weitergehende Rechte zustehen, als wenn er überhaupt kein Eigentum verschafft hätte.

b) Trifft den Verkäufer hinsichtlich der Nichtverschaffung des Eigentums kein Verschulden, so gewähren die allgemeinen Nichterfüllungsregeln keinen Schadensersatz. Indessen braucht der Käufer unter diesen Voraussetzungen nur entweder den Entzug abzuwarten, oder die Sache dem Dritten herauszugeben, soweit er dazu verpflichtet ist (Art. 194 II), um wenigstens den mittelbaren Schaden ersetzt zu bekommen. Daraus geht hervor, daß eine Entschädigung des Käufers auch ohne Verschulden des Verkäufers dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Andererseits ist es aber sehr fraglich, ob dem Käufer das Abwarten des Entzugs oder die Herausgabe zugemutet werden kann. Denn die Zubilligung eines Rechtsbehelfs wegen Nichtverschaffung des Rechts entspringt der Erwägung, daß der Zustand der Ungewißheit, ob ein Entzug stattfindet, mit dem gesicherten Genuß des Kaufgegenstandes nicht vereinbar ist[5]. Es soll dem Käufer also damit die Möglichkeit gegeben werden, eine rasche Entscheidung herbeiführen zu können. Diese Absicht würde aber durch das Wartenmüssen auf die Evktion zunichte werden. Dagegen würde die Herausgabe des Kaufgegenstandes an den Dritten rascher zum Ziele führen. Indessen darf nicht übersehen werden, daß dadurch die Stellung des Käufers bezüglich der Beweislast wesentlich verschlechtert wird. Denn jetzt hat er die bessere Berechtigung des Käufers zu beweisen[6], während er bei Entzug allenfalls die Tatsache des Sachverlustes nachzuweisen hat. Dazu kommt, daß bei schwerer Auffindbarkeit des Eigentümers oder Unsicherheit über dessen Person sich der Zeitpunkt des Entzuges oder der freiwilligen Herausgabe ins Ungewisse hinauszögern könnte.

c) Bei Verzug des Verkäufers gibt Art. 107 II dem Käufer einen Anspruch auf nachträgliche Erfüllung und auf Schadensersatz wegen Verspätung. Der Erfüllungsanspruch geht also anders als im deutschen Recht, BGB. § 326, mit Ablauf der Nachfrist nicht unter, sondern der Verkäufer kann weiterhin klageweise zur

[5] Becker Art. 192, 9.
[6] Oser, Art. 194, 3.

Leistung angehalten werden. Bei nichtverschafftem Eigentum würde der Verkäufer demnach zur Verschaffung des Rechts verurteilt werden, und zur Vollstreckung des Urteils könnte sich der Käufer ermächtigen lassen, gemäß Art. 98, I das fehlende Recht auf Kosten des Verkäufers vom Eigentümer zu erwerben[7]). Eines solchen langwierigen Weges bedarf es indessen garnicht, denn der Käufer kann das Eigentum selbständig von dem Drittberechtigten erwerben und daraufhin die Gewährleistungsklage auf Grund eines eviktionsanalogen Tatbestandes erheben. Außerdem würde die Berechnung des Schadens bei der obigen Methode auf große Schwierigkeiten stoßen. Bei nachträglicher Erfüllung wird der Verspätungsschaden wohl hauptsächlich in einem entgangenen Gewinn bedingt durch Änderung der Preisverhältnisse bestehen. Der Käufer würde also nachweisen, daß er die Kaufsache bei rechtzeitig verschafftem Eigentum zu einem höheren Preis hätte verkaufen können, als es jetzt möglich ist, und deshalb als Schaden die Preisspanne zwischen dem damaligen und dem heutigen Preis geltend machen. Diesen Schaden erhält er aber nur dann zu Recht ersetzt, wenn er die Sache tatsächlich zu einem niedrigeren Preis verkauft hat. Ist sie jedoch noch in seinem Eigentum, so hat er zwar unzweifelhaft einen Schaden erlitten, dessen Höhe ist aber insofern unbestimmbar, als er die Sache vielleicht später doch zu einem höheren Preis verkaufen kann. Dann hätte der Verkäufer einen immaginären Schaden ersetzt, nämlich den Betrag, um den der spätere Verkaufspreis zuzüglich des Schadensersatzes den Preis des nicht zustandegekommenen Verkaufs übersteigt. Diese Schwierigkeiten sind im BGB. vermieden worden, indem in § 440 ausdrücklich jeder Anspruch wegen Nichterfüllung — und bei Ersatzvornahme nach Art. 98 stellt der entgangene Gewinn einen solchen dar — vom Verlust der Sache oder der freiwilligen Rückgewähr abhängig gemacht worden ist. Und das gleiche Prinzip liegt, wenn auch nicht besonders ausgesprochen, im Gegensatz zu Artikel 107 der Gewährleistung nach Art. 195 zugrunde[8]).

3) Und schließlich spricht gegen eine Beurteilung des in Frage stehenden Tatbestandes nach den allgemeinen Nichterfüllungsregeln neben den oben dargelegten Gründen noch eine weitere Überlegung. Die Folgen der Nichterfüllung in Art. 97 ff. sind verschieden, je nachdem Unmöglichkeit der Leistung vorliegt oder der Verkäufer in Verzug geraten ist. Der Verkäufer, der kein Eigentum verschafft hat, könnte also gegebenenfalls die Unmög-

[7]) Bader, S. J. Z. 20, S. 307.

[8]) Der österreichische oberste Gerichtshof stellt ausdrücklich fest: Der Käufer kann seinem Verkäufer nicht auf Schadensersatz verklagen, solange sein Verlust nicht ziffernmäßig feststeht. E. 28. 5. 1884, Slg. 10960.

lichkeit der Rechtsverschaffung geltend machen, um dadurch eine mildere Haftung herbeizuführen. Nun betont allerdings v. Tuhr [9]), daß keine Unmöglichkeit vorliegt, solange die Sache einem Dritten gehört. Aber abgesehen davon, daß diese Auffassung nicht allgemein anerkannt ist [10]), könnte sich der Verkäufer trotzdem unter gegebenen Umständen auf die Unzumutbarkeit der Leistung berufen, um damit nach Art. 119 überhaupt nicht zum Schadensersatz herangezogen zu werden. Es muß indessen mehr der Auffassung des Gesetzgebers entsprechen, daß auch dieser Fall der Nichterfüllung als Voraussetzung der Gewährleistung gilt. Dafür spricht die für den Käufer gegebene Möglichkeit, die Gewährleistungshaftung durch Abwarten des Entzugs zu erreichen, ohne daß der Verkäufer eine rechtliche Handhabe hätte, dies zu verhindern. Außerdem liegt in den Fällen der Quasieviktion, wo der Käufer das geschuldete Recht selbständig erwirbt, eine einwandfreie Unmöglichkeit der Leistung vor. Wenn nun diese Leistungsunmöglichkeit die Gewährleistungshaftung nach sich zieht, ist anzunehmen, daß die Unmöglichkeit generell die gleiche Haftung bewirkt. Darin inbegriffen ist aber auch als fingierte Unmöglichkeit die Unzumutbarkeit der Leistung.

Damit ist wohl zur Genüge die Annahme gerechtfertigt, daß neben dem tatsächlich stattgefundenen Entzug auch die bloße Entzugsmöglichkeit dem Käufer die Rechtsbehelfe gemäß Art. 195 gewährt. Aber auch nur die Nichterfüllung auf Grund derer eine Eviktion möglich ist. Für andere Verstöße gegen die Rechtsverschaffungspflicht gelten die allgemeinen Folgen der Nichterfüllung, z. B. bei Belastung eines verkauften Tieres mit einem Viehpfandrecht (ZGB. Art. 985), das nicht zu den in Art. 196 aufgezählten dinglichen Lasten zu rechnen ist. Jedoch ist auch bei Entzug oder Entzugsmöglichkeit nur der Haftungs*inhalt* ein besonderer, die Haftungs*voraussetzungen* sind den allgemeinen Regeln über Nichterfüllung zu entnehmen, soweit diese anwendbar sind. Da auch der Käufer sich bei möglichem Entzug nicht auf die Unmöglichkeit der Leistung berufen kann, um eine sofortige Verurteilung des Verkäufers zu erreichen, muß er zur Geltendmachung der Ansprüche aus Art. 195 den Verkäufer in Verzug setzen. Auch bei Beschwertheit der Sache mit einer dinglichen Last ohne bisherigen Entzug ist dies aus Billigkeitsgründen anzunehmen [11]), wenngleich die knappe Fassung des Gesetzes dem zu widersprechen scheint. Infolgedessen ist es dem Verkäufer bei jeder rechtsmangelhaften Leistung, die noch nicht zum Entzug ge-

[9]) v. Tuhr, S. 494, Anm. 9.

[10]) Planck a. a. O. § 440, 4 a γ; Oertmann § 440, 2 c; Becker Art. 97, 9.

[11]) Vergl. BGB. § 440, I. Indirekt zustimmend v. Tuhr, S. 532; à Porta a. a. O. S. 66; Becker, Art. 192, 2; Oser, Art. 196, 2 Abs. 3.

führt hat, möglich, vor Ablauf der Verzugsnachfrist entweder das fehlende Recht nachträglich zu verschaffen oder durch eine Ersatzleistung [12]) entsprechend der Nachlieferung bei Sachmängeln in Art. 206 die Obligation zu erfüllen. Ausgeschlossen ist die Nachlieferung wohl entgegen der Meinung von Oser [13]) bei individuell bestimmten Sachen, denn der Käufer braucht bei Speziesschuld nur die geschuldete Sache selbst anzunehmen, nicht aber eine Sache derselben Art [14]) und von gleichem Wert. Denn wenn z. B. ein verkauftes Pferd sich als gestohlen herausstellt, wird man dem Käufer kaum zumuten können, als Ersatzleistung ein anderes Pferd, wenn auch derselben Qualität annehmen zu müssen.

Ist der Verkäufer schließlich berechtigt, auch eine bereits entwehrte Sache dem Erwerber nachträglich anstatt des Schadensersatzes wieder zu verschaffen?

Bei Totaleviktion ist diese Frage leicht zu entscheiden. Durch den Entzug gilt der Kaufvertrag als aufgelöst (Art. 195) und der Verkäufer wird anstatt zur Leistung des Kaufobjektes zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages angehalten. Der Käufer ist also schon deshalb zur Annahme nicht verpflichtet, weil der Kaufvertrag gar nicht mehr besteht. Wurde aber nur ein Teil der Sache entzogen, so bleibt der Kaufvertrag zunächst bestehen und der Erwerber erhält einen Anspruch auf Ersatz des ihm durch den Teilentzug entstandenen Schadens Art. 196. Muß nun der Käufer den bereits entwehrten Teil der Sache annehmen, wenn sie ihm der Veräußerer unverzüglich wieder anbietet, vorausgesetzt, daß er nicht nach Lage des Falles berechtigt ist, überhaupt die Auflösung des Vertrages nach Art. 196 II zu verlangen?

X. beabsichtigt z. B. in seiner Wohnung ein Zimmer neu einzurichten und kauft zu diesem Zweck drei Teppiche bei Y. Jeder Teppich war mit 70 ausgezeichnet, Y. gibt ihm aber alle drei Teppiche zusammen zum Preise von 200. Die Teppiche werden sofort geliefert und X. legt sie einstweilen beiseite, da die Umgestaltung des Zimmers erst in einiger Zeit erfolgen soll. Am nächsten Tag erscheint Z. und weist nach, daß einer der drei Teppiche vor kurzer Zeit bei ihm gestohlen worden ist. X. gibt ihm den Teppich heraus und gedenkt für die Entschädigung, die ihm Y. für den Entzug nun zu leisten hat, ein Bild zu erwerben, da er inzwischen der Meinung geworden war, zwei Teppiche würden für das Zimmer genügen. Aber am selben Tage hat Y. von dem Eigentum des Z. und der Eviktion Kenntnis erhalten, er kauft Z. den Teppich ab und bietet ihn X. unverzüglich wieder an. Ist X. verpflichtet, ihn statt der erhofften Entschädigung anzunehmen?

---

[12]) Liechti a. a. O. S. 72. Oser, Art. 196, 2; à Porta a. a. O. Kap. 6 B V.
[13]) Oser, Art. 196, 2, Abs. 3.
[14]) v. Tuhr, S. 406.

Hierbei kommt es darauf an, in welchem Verhältnis der Anspruch auf Rechtsverschaffung und der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichtverschaffung des Rechts stehen. Der Rechtsverschaffungsanspruch des Käufers entsteht durch den Abschluß des Kaufvertrages und der Anspruch auf Schadensersatz durch den Entzug. Beide Ansprüche können nicht nebeneinander bestehen, denn der Ersatzanspruch tritt anstelle des Anspruchs auf vertragliche Leistung und soll den Käufer für die Nichterfüllung des Vertrags entschädigen. Durch den Entzug geht also der Anspruch und damit auch die Pflicht des Verkäufers auf Rechtsverschaffung unter. Ebenso schwindet aber auch die Pflicht des Käufers den ihm entwehrten Teil des Kaufobjektes als Erfüllung anzunehmen, denn dadurch würde er den Anspruch auf Schadensersatz wieder verlieren. Es kann indessen nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprechen, daß der Verkäufer, der seiner vertraglichen Verpflichtung nicht nachgekommen ist, das Recht des Käufers durch eine Leistung zunichte machen kann, zu welcher er garnicht verpflichtet ist. Im Sächs. BGB. § 952 war dies ausdrücklich festgesetzt: „Der Veräußerer kann sich von den Ansprüchen wegen Entwährung durch Wiederverschaffung der entwährten Sache nicht befreien". Daß der schweizerische Gesetzgeber denselben Standpunkt vertritt, geht aus der Fassung des Art. 195 unzweideutig hervor, wonach bei Totaleviktion der Kaufvertrag ipso facto als aufgelöst gilt und somit das Nachlieferungsrecht des Verkäufers wegfällt. Warum bei Partialeviktion ein solches Nachlieferungsrecht weiterbestehen soll, ist nicht einzusehen. Denn zu dessen Begründung können nur Umstände [15]) vorgebracht werden, die den Gesetzgeber gleichwohl nicht davon abgehalten haben, ein solches bei Totaleviktion zu verneinen. Es ist deshalb anzunehmen, daß auch bei teilweisem Entzug der Käufer ohne weiteres berechtigt ist, den ihm dadurch entstandenen Schaden vom Verkäufer einzufordern. Dagegen meint Rossel [16]) ohne nähere Begründung: Il est certain, que le vendeur au lieu de payer des dommages-intérêts à l'acheteur peut remplacer la partie évincée de la chose.

II. Die einzelnen Rechtsbehelfe des Käufers.

1. Die Einrede des nichterfüllten Vertrages.

Die Natur des Kaufvertrages bringt es mit sich, daß der Verkäufer regelmäßig zur Vorleistung verpflichtet ist, und zwar zur vollständigen und mangelfreien Leistung. Erst wenn er dieser

[15]) z. B. Billigkeitsrücksichten, wenn dem Verkäufer gegebenenfalls der Schadensersatz unverhältnismäßig teurer zu stehen käme als die Wiederverschaffung des entwehrten Teiles der Kaufsache.

[16]) Rossel, Manuel du droit 4. éd. S. 263.

Verpflichtung nachgekommen ist, kann der Verkäufer die Bezahlung des Kaufpreises als Gegenleistung vom Verkäufer fordern. Bei rechtsmangelhafter Leistung des Verkäufers ist dieser Voraussetzung nicht entsprochen, und der Käufer daher berechtigt, gegenüber dem Verlangen des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises mittels der Einrede des nichterfüllten Vertrages mit seiner Leistung bis zur vollständigen Vertragserfüllung durch den Verkäufer zurückzuhalten, Art. 82[17]). Die Einrede ist immer dann gegeben, wenn irgend ein Verstoß gegen die Rechtsverschaffungspflicht vorliegt; wenn also die Leistung des Verkäufers mit einem Rechtsmangel behaftet ist, für die er einzustehen hat. Hat allerdings der Käufer den Rechtsmangel durch eigene Leistung beseitigt, z. B. durch Abfindung des Drittberechtigten, so steht ihm anstelle der Einrede die Einwendung der Unmöglichkeit der Erfüllung zu und damit des Wegfalls seiner eigenen Leistungsverpflichtung[18]).

Grundsätzlich kann der Käufer die Zahlung des Kaufpreises in seiner vollen Höhe verweigern, solange der Verkäufer seinerseits nicht vollständig geleistet hat. Die Einrede fällt jedoch insoweit weg, als die Zurückbehaltung den Umständen nach wider Treu und Glauben verstoßen würde, ZGB. Art. 2[19]). Berechtigt z. B. die mangelhafte Rechtsverschaffung nur zur Geltendmachung eines Anspruches auf Schadensersatz nach Art. 196 I, keinesfalls aber zum Rücktritt vom Vertrag, so ist das Zurückbehaltungsrecht auf einen verhältnismäßigen Teil des Kaufpreises zu mindern. Denn die Einrede soll den Käufer für den noch ausstehenden Teil seiner Forderung sichern und ist demgemäß durch diesen Zweck begrenzt. Andererseits berechtigt der Sicherungszweck den Käufer aber auch dazu, bei Entwehrungsgefahr den vollen Kaufpreis zurückzuhalten, obwohl der Verkäufer durch die Verschaffung des Besitzes wenigstens teilweise seine Vertragsverpflichtung erfüllt hat.

Die begründete Einrede des nichterfüllten Vertrages führt zur Klageabweisung und zwar entsprechend ihres dilatorischen Charakters bloß zur Abweisung als vorzeitig. Der Verkäufer kann also nach nachträglicher Verschaffung des fehlenden Rechtes die Klage auf Verurteilung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises von neuem einreichen. Im Gegensatz dazu sieht die deutsche Regelung gegenüber einer verfrühten Klage des Verkäufers die Verurteilung des Käufers zur Leistung Zug um Zug vor, BGB. § 322.

---

[17]) über die rechtliche Natur der Einrede vgl. v. Tuhr, S. 461 ff.

[18]) v. Tuhr, S. 463. Becker, Art. 82, 1.

[19]) Ausdrücklich BGB. § 320 II.

2) Schadensersatzanspruch nach Art. 195.

Dieser Anspruch setzt entweder die tatsächliche vollständige Entwehrung des Kaufgegenstandes oder die Möglichkeit einer solchen infolge Nichtverschaffung des Rechts durch den Verkäufer. Im letzteren Falle hat der Käufer die Unmöglichkeit der Leistung nachzuweisen [20]), um den Anspruch geltend machen zu können, oder der Verkäufer muß sich in Leistungsverzug befinden und die Nachfrist ergebnislos verlaufen sein, es sei denn, das Setzen einer Nachfrist erübrigt sich aus einem der in Art. 108 aufgezählten Gründe. Der Anspruch ist ferner gegeben bei Vorliegen eines Falles der sogenannten Quasieviktion. Hierunter ist zu rechnen jeder selbständige entgeltliche oder unentgeltliche Erwerb des geschuldeten Rechts durch den Käufer. Ebenso der Untergang der Kaufsache im Besitz des Käufers, ohne daß dieser Eigentümer wurde. Hierbei genügt indessen die Tatsache des Untergangs allein nur zur Begründung eines Anspruches auf Rückerstattung des Kaufpreises und der für die Sache gemachten Verwendungen. Die Erhebung weiterer Ersatzansprüche ist davon abhängig, daß dem Käufer infolge des Rechtsmangels ein Rechtsanspruch entgeht, den er als Eigentümer z. B. gegenüber der Versicherungsgesellschaft oder gegen den Zerstörer der Sache haben würde, oder daß er schon vor Untergang der Sache durch den Rechtsmangel einen Schaden erlitten hat, z. B. durch Vereitelung eines Kaufabschlusses. Jedenfalls muß der Käufer einen Schaden erlitten haben, der mit dem Rechtsmangel in ursächlichem Zusammenhanng steht [21]).

Im übrigen ist dieser Anspruch wohl nicht ohne weiteres durch den Untergang der Sache begründet wie im BGB. § 440 II. Zweifellos ist es unbillig, einen bezüglich der Eigentumsverhältnisse gutgläubigen und am Untergang der Sache schuldlosen Verkäufer zum Schadensersatz zu verurteilen, wenn der Erwerber auch als Eigentümer rechtlich nicht besser gestellt wäre. Das Fehlen ausdrücklicher Bestimmungen im OR. bringt es mit sich, daß der Richter im Gegensatz zum deutschen Recht in solchen Fällen einen Schadensersatzanspruch ablehnen kann.

Schließlich ist es auch nicht nötig, daß der Entzug der Kaufsache aus dem Eigenbesitz des Käufers erfolgt sein muß. Auch wenn dessen Rechtsnachfolger entwehrt wird und er ihn deshalb zu entschädigen hat, ist der Käufer zur Erhebung der Klage aus Art. 195 berechtigt wie wenn der Entzug ihn selbst unmittelbar betroffen hätte [22]).

[20]) Andernfalls kann der Verkäufer die Klage des Käufers auf Schadensersatz u. U. durch nachträgliche Verschaffung des fehlenden Rechts gegenstandslos machen, vgl. oben S. 39.

[21]) Staudinger a. a. O. § 440 II, 1 c.

[22]) Liechti, a. a. O. S. 64. Enneccerus, Schuldverhältnisse, § 330, III d. Düringer-Hachenburg, HGB. Bd. 3, S. 145.

Durch die Entwehrung oder andere Umstände, welche die nachträgliche Erfüllung seitens des Verkäufers unmöglich machen [23]) gilt der Kaufvertrag als aufgehoben. Die Aufhebung geschieht ipso jure mit erfolgter Eviktion, eine besondere Handlung des Käufers ist hierzu nicht erforderlich. Zwar stellt diese Vertragsaufhebung eine Art Rücktritt vom Vertrag dar, aber nur hinsichtlich der Schadensberechnung, nicht auch hinsichtlich der Voraussetzungen der Entschädigung [24]). Der Vertrag gilt mit Wirkung ex tunc als aufgehoben. Damit erlöschen die aus dem Kaufvertrag herrührenden Pflichten und an ihre Stelle treten die in Art. 195 charakterisierten Ansprüche des Käufers, deren Geltendmachung gegebenenfalls von der Rückgabe des nichtentwehrten Kaufgegenstandes abhängig ist. Unrichtig ist es indessen, wenn Liechti [25]) die ex tunc-Wirkung auch auf die Berechnung des Schadensersatzes auszudehnen sucht, indem dafür der Wert des Kaufgegenstandes bei Vertragsschluß, nicht der bei Entziehung maßgebend sei. Denn in diesem Falle wäre ein Ersatz des entgangenen Gewinnes meist nicht zu erreichen, da ein solcher begrifflich regelmäßig durch eine Wertsteigerung des Kaufobjektes bedingt ist.

Der Entzug bringt einen Schadensersatzanspruch des Käufers hervor, der sich aus vier Faktoren zusammensetzt: Rückerstattung des bezahlten Preises, Ersatz der für die Sache gemachten Verwendungen und der Prozeßkosten, sowie Ersatz jeglichen sonstigen durch die Entwehrung hervorgerufenen Schadens, der sich bei Unverschulden des Verkäufers vermindert auf den unmittelbar verursachten Schaden. Der Umfang der Ersatzpflicht ist demnach stets davon abhängig, ob der Verkäufer die rechtsmangelhafte Leistung verschuldet hat. Die Beweislast seines Unverschuldens trifft den Verkäufer, Art. 195, II, und zwar muß er hierzu dartun, daß er alles getan habe um die vollständige Erfüllung herbeizuführen, was ihm billigerweise zugemutet werden kann [26]). Wenn z. B. der Rechtsmangel sich erst nach der Übergabe herausstellt, muß der Verkäufer bemüht sein, das fehlende Recht durch Abfindung etc. des Drittberechtigten nachträglich übertragen zu können. Er wird auch unter den gegebenen Voraussetzungen eine höhere Summe zur Abfindung bezahlen müssen, als er selbst als Kaufpreis vereinbart hat. Nur wenn der Dritte eine derartig hohe Abstandssumme fordert, daß sie den Wert des Kaufgegenstandes bei weitem überschreitet, ist wegen Untunlichkeit der Leistung dem Verkäufer die mildere Haftung

---

[23]) Auch der Verzug des Verkäufers gilt als fingierte Unmöglichkeit. Oertmann, § 440, 2 d.

[24]) v. Tuhr, S. 564, Oser, Art. 195, 1.

[25]) Liechti, a. a. O. S. 67.

[26]) B. G. 27, S. 218.

zuzubilligen [27]). Im übrigen wird ein Exkulpationsbeweis für den Verkäufer faktisch unmöglich sein, wenn er den Kaufvertrag trotz zweifelhafter Erfüllungsmöglichkeit abgeschlossen hat. Z. B. bei bewußtem Verkauf einer fremden Sache und der Unkenntnis des Käufers bezüglich dieses Rechtsmangels wird man dem Verkäufer eine besondere Garantie für die Rechtsverschaffung unterstellen können [28]), die seine Haftung auf vollen Schadensersatz im Falle des Nichtgelingens bewirkt.

Sehr umstritten ist die Frage, ob unter dem in Art. 195 genannten Schaden das positive oder das negative Interesse zu verstehen ist. Diese Trennung des Schadensbegriffes entstammt dem deutschen Recht, und zwar umfaßt — auf den Kaufvertrag angewandt — das negative Interesse den Schaden, den der Käufer durch das Vertrauen auf die Gültigkeit eines später dahingefallenen Vertrages erleidet. (BGB. § 122), während das positive Interesse den Schaden bedeutet, der dem Käufer durch die Nichterfüllung eines weiterhin bestehenden Vertrages erwächst. Auch in der schweizerischen Doktrin hat diese begriffliche Unterscheidung Eingung gefunden, wenngleich sie mit den Gesetzesnormen nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen ist. Gerade bei der Rechtsgewährleistung ist dies schwierig, denn deren Regelung entstammt nahezu wörtlich dem Code civil Art. 1630, der das Interesse des Käufers in vier Einzelteile gliedert ohne Rücksicht auf die heute übliche und gerade im BGB. scharfe Trennung von positivem und negativem Interesse [29]). Infolgedessen ist es unmöglich den nach Art. 195 zu erstehenden Schaden allgemein entweder nur als positives [30]) oder nur als negatives Interesse zu beurteilen. Denn die im Gesetz ausdrücklich aufgezählten Berechnungsfaktoren entsprechen teilweise beiden Interessen, z. B. die Prozeßkosten nach Art. 195, Ziff. 3. Jedoch zeigt die historische Entwicklung der Gewährleistung, daß deren Regelung stets bei aufrechtbleibendem Kauf gedacht war [31]). Für das OR. ist dies insofern ein Hinweis, als die Aufhebung des Vertrages in Art. 195 entsprechend der gesetzlichen Terminologie („ . . . so ist der Vertrag als aufgehoben zu betrachten") nur eine gedachte ist und damit der Nichtigkeit oder Auflösung des Vertrages durch Anfechtung nicht gleichgestellt werden kann, die Ersatz des negativen Interesses nach sich ziehen (OR. Artt. 26, 39). Sondern die fiktive Aufhebung des Vertrages soll insofern als Berechnungsmaßstab für den Inhalt des zu leisten-

---

[27]) v. Tuhr, S. 495.

[28]) Becker, Art. 103, 2. Bei Kenntnis der Rechtsmängel auf Seiten beider Vertragsschließender vergl. Motive BGB. Bd. 2, S. 316.

[29]) Rabel, S. 316.

[30]) so Becker, Art. 196, 2.

[31]) Rabel, S. 319.

den Ersatzes dienen, als der Verkäufer auf alle Fälle den Kaufpreis zurückzuerstatten hat, den er jetzt ungerechtfertigt besitzt. Damit wurde die bei Schaffung des OR. umkämpfte Frage, ob der Verkäufer als Minimum den Kaufpreis zu erstatten habe, auch wenn der Wert des Kaufgegenstandes inzwischen unter diesen Betrag gesunken ist [32]), in bejahendem Sinne entschieden.

Infolgedessen ist trotz der Aufhebung des Vertrages der über Art. 195 Ziff. 1—3 hinausgehende Schaden als positives Interesse aufzufassen [33]). Dazu zwingt neben den oben aufgeführten Gründen allein schon die Tatsache, daß der mittelbare Schaden in Art. 195 II unbestritten als positives Interesse aufgefaßt wird. Da aber der Verkäufer bei Verschulden „auch" den weiteren Schaden zu ersetzen hat, muß der unmittelbar durch den Entzug verursachte Schaden gleichfalls positives Interesse sein, denn es geht nicht an, ungleichnamige Größen zusammenzuzählen [34]).

Endlich kommt es auch auf die bei Nichtverschulden des Verkäufers wichtige Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden an. Auch darüber herrscht in der schweizerischen Literatur große Unklarheit. Die aus dem gemeinen Recht [35]) herrührende Differenzierung wird von der modernen Jurisprudenz allgemein verworfen, da zwischen beiden Schadensarten eine Abgrenzung kaum möglich ist [36]). Im allgemeinen Teil des revid OR. ist sie deshalb auch abgelehnt worden (Vergl. a. OR. Art. 115), während sie in Art. 195 und 208 bestehen blieb. Sicher ist zum unmittelbaren Schaden zu rechnen jede Verminderung oder Entwertung von Vermögensaktiven oder Vermehrung von Passiven, welche durch den Abschluß des Kaufvertrags bedingt ist und im Zeitpunkt der Entwehrung bereits schon vorliegt (z. B. Vertragsabschlußkosten) oder durch die Entwehrung verursacht wird (Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer, der seinerseits nicht erfüllen kann; Konventionalstrafen). Hierher gehören auch etwaige Mehrkosten aus der Anschaffung eines Ersatzgegenstandes (BG. 23, 1100) [37]) aber nicht die versäumte Gelegenheit anderweitiger Anschaffung [38]). Schließlich kommt auch nicht der Gewinn in Betracht, der durch die Weiterveräußerung des entwehrten Gegenstandes hätte erzielt

---

[32]) Becker, Art. 195, 1 a. E. Rabel, S. 310.

[33]) ebenso Martin, Z. schw. R. 33, S. 126; a. A. Oser, Art. 195, 7; Schneider-Fick, Art. 241, 7.

[34]) Oser, Art. 195, 7.

[35]) Windscheid, Pandekten, § 258, Anm. 10.

[36]) Burckhardt, Z. schw. R. 22, S. 500. Motive BGB. II, S. 18.

[37]) Dem entspricht andererseits der Abzug eines etwaigen Gewinnes aus dem Deckungskauf; v. Tuhr, S. 499.

[38]) so Oser, Art. 195, 7, vergl. aber auch die widersprechende Anführung in Bemerkung 8.

werden können, da ein solcher zum mittelbaren Schaden zu rechnen ist [39]).

3. Schadensersatzanspruch nach Art. 196.

Der Käufer kann Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch die teilweise Entwehrung des Kaufgegenstandes oder dessen Beschwertheit mit einer dinglichen Last verursacht wird. Der Begriff der teilweisen Entwehrung rührt wie die gesetzliche Terminologie der Rechtsgewährleistung überhaupt aus dem französischen Recht her [40]). Man versteht darunter den Entzug eines Teiles des Kaufobjektes im Gegensatz zum totalen Entzug in Art. 195, bei dem der gesamte Gegenstand dem Käufer evinziert wird. Die scheinbare begriffliche Gleichstellung von Teilentzug und Beschwertheit mit einer dinglichen Last durch die Randmarginale „teilweiser Entzug" in Art. 196 hat zu großen Kontroversen geführt. Oser [41]) versteht unter Teilentwehrung eine Einschränkung der vollen Berechtigung des Käufers durch Teilentzug oder Geltendmachung eines dinglichen Rechtes an der Kaufsache durch einen Dritten. Liechti [42]) dagegen konstatiert ganz richtig, daß auch bei Entzug auf Grund eines dinglichen Rechtes ein vollständiger Entzug der Kaufsache vorliege, und damit die Voraussetzungen von Art. 195 gegeben seien. Die Wurzel zu dieser Meinungsverschiedenheit liegt auch hier wieder in der unzulänglichen Fassung des Gesetzes begründet. Das französische Vorbild unterschied in Art. 1626 zwischen totaler und partieller Eviktion, sowie der Beschwertheit mit einer dinglichen Last. Dieselbe Trennung wurde in das OR. übernommen, dabei aber die Haftung infolge Entzuges wegen einer Belastung der Haftung bei teilweisem Entzug gleichgestellt. Damit sollte natürlich nicht die Beschwertheit mit einer dinglichen Last begrifflich in die Teileviktion eingegliedert werden, sondern die Absicht des Gesetzgebers ging dahin, beiden selbständig nebeneinandergeordneten Tatbeständen die gleichen Rechtsfolgen beizulegen. Im Gegensatz zur vollständigen Nichtrechtsverschaffung in Art. 195 die zur Totaleviktion führt, hat der Verkäufer in Art. 196 wenigstens teilweise seiner Rechtsverschaffungspflicht genügt; und zwar entweder in quantitativer Hinsicht durch Rechtsverschaffung bezüglich eines Teiles der Kaufsache, oder qualitativ durch Verschaffung des Eigentums an der ganzen Kaufsache, aber eingeschränkt durch fremde Rechte. Nach Art. 96 wäre nun an sich der Käufer berechtigt, Teilleistungen

[39]) Becker, Art. 195, 4. Haberstich a. a. O. Bd. II, S. 30. Dagegen B. G. 26, S. 750 und darauf fußend Simonius Z. schw. R. 37, S. 266 und v. Tuhr S. J. Z. 18, S. 370, Anm. 17.

[40]) Rabel, S. 312.

[41]) Oser, Art. 192, 8.

[42]) Liechti, a. a. O. S. 62.

zurückzuweisen. Der Umstand, daß aber schon teilweise Erfüllungshandlungen stattgefunden haben, bewog jedoch den Gesetzgeber, ebenso wie bei teilweiser Nichtigkeit eines Vertrages gemäß Art. 20, den Kaufvertrag grundsätzlich aufrecht zu erhalten und seine Aufhebung nur dann zuzulassen, wenn der Käufer den Vertrag bei Kenntnis des Rechtsmangels nicht geschlossen haben würde. Diese gesetzliche Einteilung ist aber nicht befriedigend, denn es ist eine Frage des einzelnen Falles, ob sich nicht bei Vorliegen einer dinglichen Belastung die Rechte des Käufers danach richten sollen, daß eine Totaleviktion möglich ist. Denn warum sollen diese z. B. verschieden sein, je nachdem der Entzug auf Grund nicht verschafften Eigentums oder einer dinglichen Belastung droht?

Der Vertrag bleibt also bei Teilentzug im Regelfalle vollständig bestehen, nicht nur bezüglich des nichtentwehrten Teiles [43]). Dies hat zur Folge, daß die Parteien weiterhin zu ihren vertraglichen Leistungen verpflichtet sind, nur ändert sich die Rechtsverschaffungspflicht, soweit sie noch nicht erfüllt ist, in eine solche zum Schadensersatz. Der schon bezahlte Kaufpreis ist also nicht verhältnismäßig zurückzuerstatten [44]), sondern der Betrag des Schadens ist zu ersetzen, der bei noch geschuldetem Kaufpreis von diesem abgezogen werden kann [45]). Wenn z. B. Bücher im Betrag von 100 verkauft wurden und die Hälfte davon entwehrt worden ist, hat der Verkäufer nicht 50 zurückzuerstatten, sondern, wenn der Käufer sich die fehlenden Bücher für 75 verschafft hat und der Verkäufer bei Verschulden für den Deckungskauf aufgenommen hat, muß er diesen höheren Betrag ersetzen. Begnügt sich der Käufer indessen bei noch geschuldetem Kaufpreis mit den ihm verbleibenden Büchern, so kann er den Wert der entwehrten Bücher vom Kaufpreis abziehen, und zwar den Wert im Augenblick des Entzugs [46]), also einen möglicherweise höheren oder geringeren Betrag als den verhältnismäßigen Teil der Kaufsumme.

Ist jedoch nach Maßgabe der Umstände anzunehmen, daß der Käufer in Voraussicht des Teilentzugs den Vertrag nicht geschlossen haben würde, so ist er befugt, die Aufhebung des Vertrages zu verlangen, Art. 196, II. Damit erhält er dieselben Rechtsbehelfe wie bei Totaleviktion. Bestritten ist, wie das Begehren des Käufers auf Vertragsaufhebung ausgelegt werden soll. Liechti [47]) versteht darunter einen Antrag des Käufers auf Aufhebung durch richterliches Urteil. Richtiger wird man das Recht des Käufers

---

[43]) so früher Oser, Art. 196, 2. In der zweiten Auflage wie oben.
[44]) wie Hafner, Art. 242, 2 meint.
[45]) Becker, Art. 196, 2.
[46]) Ausdrücklich Code civil Art. 1637.
[47]) Liechti, a. a. O. S. 71.

aber wohl als Rücktrittsrecht auffassen. Denn unter den Voraussetzungen von Art. 196, II, wird die Teileviktion dem vollständigen Entzug gleichgestellt [48]), und durch diesen gilt der Vertrag ipso facto als aufgehoben. Bei teilweiser Eviktion kann indessen die Tatsache des Entzugs allein nicht zur Vertragsaufhebung genügen, weil dem Käufer das Recht zusteht, die Aufhebung zu verlangen. Demnach hat er die Wahl zwischen Schadensersatz nach Art. 196 I und dem weitergehenden Rücktrittsrecht nach Art. 196 II. Er muß sich also durch Erklärung dem Verkäufer gegenüber für einen der beiden Rechtsbehelfe entscheiden, analog dem Wandlungsrecht des Käufers in Art. 205 und dem allgemeinen Rücktrittsrecht überhaupt [49]). Gegen etwaigen Mißbrauch, auf Grund derer Liechti die richterliche Aufhebung des Vertrages nach französischem Vorbild für angemessen hält, stehen dem Käufer immer noch die prozessualen Rechtsbehelfe zur Verfügung, ebenso wie im deutschen Recht bei Rücktritt wegen teilweiser Nichterfüllung nach BGB. § 325 I, Satz 2.

4. Anspruch auf Erfüllung nach Art. 97 ff.

Ist die Leistung des Verkäufers mit einem Rechtsmangel behaftet, der nicht zur Rechtsgewährleistung nach Art. 195 berechtigt, so richten sich die Rechtsbehelfe des Käufers nach den allgemeinen Normen über Nichterfüllung, Art. 97 ff. Als solche Rechtsmängel kommen in Betracht: Belastung eines Grundstücks mit einer Servitut, die absichtlich verschwiegen wurde oder zu deren Beseitigung der Verkäufer sich verpflichtet hat; Belastung eines Tieres mit einem Viehpfandrecht, das Bestehen unrichtiger Belastungen im Grundbuch, zu dessen Bereinigung [50]) der Verkäufer wohl verpflichtet ist.

Unter diesen Voraussetzungen kann der Käufer den Verkäufer in Verzug setzen und ihm zur nachträglichen Erfüllung eine angemessene Frist ansetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen lassen, Art. 107. Nach ergebnislosem Ablauf dieser Frist stehen dem Käufer drei Möglichkeiten zur Verfügung. Er kann immer noch auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen Verspätung klagen, oder auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten. Indessen wird er wohl regelmäßig nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen. Denn die Erfüllungsklage ist bei der Verschaffung eines belasteten Gegenstandes insofern ohne Bedeutung, als sie im allgemeinen

---

[48]) Oser, Art. 196, 3.

[49]) Ebenso für Rücktritt à Porta a. a. O. S. 62, und wohl auch Becker, der in Art. 196, 3 von „Wandlung des Kaufvertrages" spricht.

[50]) Ausdrücklich BGB. § 435.

dazu dient, eine vom Verkäufer geschuldete Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewerkstelligen, indem entweder ein Gegenstand aus dem Besitz des Verkäufers weggenommen wird oder dieser zur Abgabe einer Willenserklärung gezwungen wird Hier aber handelt es sich darum, die Belastung durch Entschädigung des Drittberechtigten aufzuheben. Dies kann ohne Zwangsvollstreckung dadurch einfacher erreicht werden, daß der Käufer den Dritten entschädigt und hierfür Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend macht. Auch der Rücktritt vom Vertrag ist bei Rechtsmängeln, die nicht zum Entzug führen, nur gerechtfertigt, wenn der Käufer mangelndes Interesse am Fortbestehen des Vertrages nachweisen kann. Diesen Nachweis wird er bei den obengenannten Belastungen selten erbringen können. Immerhin kann z. B. ein Grundstück, das der Käufer zur sofortigen Bebauung erworben hat, mit einer ihm verheimlichten Dienstbarkeit belastet sein, auf Grund derer die Bebauung auf längere Zeit unmöglich ist. Unter diesen Umständen wird man dem Käufer das Behalten des für ihn wertlosen Grundstückes natürlich nicht zumuten können.

Bei Unmöglichkeit der Leistung kann der Käufer nur Schadensersatz verlangen, zum Rücktritt ist er nicht berechtigt [51]). Allerdings wird ein Rechtsmangel, der die Rechtsfolgen der nichtgehörigen Erfüllung gemäß Art. 97 ff. nach sich zieht, im allgemeinen eine Belastung darstellen, deren Ablösung möglich ist, und die deshalb den Käufer berechtigt, den Verkäufer in Verzug zu setzen zur Erlangung der für ihn günstigeren Rechtsbehelfe aus Art. 107.

---

[51]) v. Tuhr, S. 504, Anm. 79.

Lebenslauf.

Ich wurde am 21. Dezember 1907 zu Wehr (Baden) als Sohn des kaufmännischen Direktors Ludwig Stehle und seiner Ehefrau Maria, geb. Schenz, geboren.

In Freiburg i. Br. besuchte ich von 1914—1917 die Knabenbürgerschule, sodann in Feldkirch (Vorarlberg) die ersten drei Klassen des deutschen Gymnasiums im Internat Stella Matutina, und schließlich vom Herbst 1920 ab das Bertholdsgymnasium in Freiburg i. Br., woselbst ich im Frühjahr 1926 das Zeugnis der Reife erhielt.

Meine Studienzeit verbrachte ich an den Universitäten Freiburg i. Br., Berlin und Heidelberg, und legte im Herbst 1930 in Karlsruhe die erste juristische Prüfung ab. Am 6. Februar 1933 bestand ich das mündliche Doktorexamen.